Der Spezifikationskauf

nach Handelsrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Fritz Schettler
Referendar in Zwickau.

DRESDEN.
Druck von Liepsch & Reichardt.
1905.

Der Spezifikationskauf

nach Handelsrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Fritz Schettler
Referendar in Zwickau.

DRESDEN.
Druck von Liepsch & Reichardt.
1905.

Literaturverzeichnis.

Berndorff, Die Gattungsschuld, Berlin 1900.

Chamizer, Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig 1902.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, 4. Aufl., Jena 1903.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 5. Aufl., Stuttgart 1900.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, Tübingen und Leipzig 1902.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes (Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. VI, S. 189 ff., Berlin 1897).

Dormitzer, Der Spezifikationskauf, Fürth i. B. 1904.

Dueringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. III, Mannheim 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., Bd. I, Berlin 1903.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Anmerkungen, 6. Aufl., München 1904.

Fleck, Die Verzugslehre und der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs (Archiv für bürgerliches Recht, Bd. XII, S. 252 ff., Berlin 1897).

Frankenburger, Handausgabe des Handelsgesetzbuchs mit Erläuterungen, 2. Aufl., München 1902.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., Bd. II, Tübingen und Leipzig 1902.

v. Hahn, Besprechung der Roemerschen Abhandlungen (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. XXIII, Bd. VIII der neuen Folge, S. 630 ff., Stuttgart 1878).

Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge, Leipzig 1895.

Keyssner, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, nach Rechtsprechung und Wissenschaft erläutert und herausgegeben 1878.

Kohler, Annahme und Annahmeverzug (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. XVII, Bd. V der neuen Folge, S. 261 ff., Jena 1879).

Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, Berlin 1901.

Lochner, Der Spezifikationskauf, Erlang. Diss. 1898.

Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. I, 12, der neuen Bearbeitung 1. Aufl., Berlin 1902.

Marcus, Bemerkungen zur Lehre vom sogen. Spezifikationskauf nach dem Entwurf des Handelsgesetzbuchs im Hinblick auf die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts, 8. Jahrgang, S. 45 ff., Berlin 1897).

Oertmann, Der Kauf „mit Spezifikation" (Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. XXV, Bd. XXXV der neuen Folge, S. 202 ff., Freiburg i. B. und Leipzig 1896).

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch II, 1. und 2. Aufl., Berlin 1900.

Robinow, Auslegung des § 326 B. G. B., insoweit er nach H. G. B. § 375 auf den Spezifikationskauf Anwendung findet, Leipzig. Diss. 1902.

Roemer, Der Kaufvertrag auf Lieferung von Eisen mit dem Recht des Käufers auf sogen. Spezifikation (Abhandlungen aus dem römischen Recht, dem Handels- und Wechselrecht, 1. Heft, S. 132 ff., Stuttgart 1877).

Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Heft I: Fristbestimmung, Stuttgart 1901.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, 6. und 7. Aufl., Berlin 1900.

Wankelmuth, Der Kauf auf Spezifikation nach bürgerlichem und Handelsrecht, Rostock. Diss. 1901.

Weber, Der Spezifikationskauf, Götting. Diss. 1897.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 1900.

Entscheidungen des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung: Die wirtschaftliche Bedeutung des Spezifikationskaufes. Die Voraussetzung seiner Beurteilung nach § 375 H. G. B. 7

1. Abschnitt: Das Wesen des Spezifikationskaufes.

§ 1. Die verkehrsüblichen Gestaltungen des Spezifikationskaufes. Die Fassung des § 375 Abs. 1 H. G. B. 10

§ 2. Die Gültigkeit des Spezifikationskaufes. Seine juristische Konstruktion 15

2. Abschnitt: Die Rechtsfolgen unterlassener Spezifikation.

§ 3. Die Rechtsfolgen unterlassener Spezifikation im allgemeinen 24

§ 4. Das Unterlassen der Spezifikation kann als Nichtausübung eines Rechtes des Käufers Annahmeverzug bewirken . . 26

§ 5. Die Haftungserleichterung nach § 300 Abs. 1 B. G. B. Der Gefahrübergang nach § 300 Abs. 2 B. G. B. Das Recht zur Hinterlegung der Ware nach § 373 Abs. 1 H. G. B. 28

§ 6. Das Recht zum Selbsthilfeverkaufe nach § 373 Abs. 2–5 H. G. B. 31

§ 7. Die Klage auf Zahlung des Kauf- bez. Mindestpreises . . 36

§ 8. Unterlassen der Spezifikation kann als Nichterfüllung einer Verpflichtung des Käufers Leistungsverzug bewirken: Die Natur des Spezifikationsverzuges 39

§ 9. Die Klage auf Vornahme der Spezifikation 42

§ 10. Der Übergang des Spezifikationsrechtes auf den Verkäufer 46

§ 11. Die Rechte des Verkäufers gemäss § 326 B. G. B. . . . 53

§ 12. Die Rechtsfolgen des Annahme- und Spezifikationsverzuges in ihrem Verhältnis zu einander 57

Anhang: Der Zahlungsverzug 58

Einleitung.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Spezifikationskaufes. Die Voraussetzung seiner Beurteilung nach § 375 H. G. B.

Der Spezifikationskauf ist, wie die Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs sagt, ein „Erzeugnis der neueren Entwicklung des gewerblichen Verkehrs".[1] Erst in der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts wurde diese Geschäftsform üblich, also in der Zeit, wo durch die ausgedehnte Verwendung der Maschinen das Handwerk auf vielen Gebieten vom Fabrikbetriebe verdrängt wurde, wo infolge der grossen Erfindungen den Fabriken völlig neue Aufgaben erwuchsen und an sie durch den modernen Verkehr erheblich grössere Anforderungen herantraten.

Da viele Rechtsfragen, die sich an den Spezifikationskauf knüpfen, nur dann dem Wesen des Geschäfts entsprechend beantwortet werden können, wenn man der Gründe eingedenk ist, die zum Abschlusse derartiger Verträge führen, soll zunächst ein Blick auf die wirtschaftliche Bedeutung des Spezifikationskaufes geworfen werden.

Die meisten unserer grossen industriellen Unternehmen stellen nicht, wie dies der Handwerker früher tat, aus dem Rohstoff das Erzeugnis fertig zum Gebrauche für den Konsumenten her, vielmehr ist es in der Natur des Fabrikbetriebes begründet, dass sie nur einen Teil der Produktion übernehmen, dass das eine Unternehmen die Produkte des anderen kauft, sie weiter bearbeitet und dann wieder verkauft. Bei diesen Kaufabschlüssen der Unternehmer mit den Unternehmern oder der Unternehmer mit den Zwischenhändlern sind die Spezifikationskäufe üblich geworden.

Es ist für den Käufer wie Verkäufer bei grossen Betrieben von Vorteil, für eine längere Geschäftsperiode abzuschliessen:

---

1) S. 371.

Der Käufer sichert sich hierdurch seinen künftigen Bedarf zu einem bestimmten Preise. Besonders bei Waren, die grösseren Preisschwankungen unterworfen sind, ist es von Interesse für ihn, zu einer Zeit, wo die Konjunktur günstig ist, sofort ein grösseres Quantum zu diesem Preise zu kaufen. Auch läuft er bei einem grossen Abschlusse weniger Gefahr, dass die Fabriken gerade dann, wenn er das Material braucht, mit Arbeiten überhäuft sind und es ihm daher nicht rechtzeitig liefern können; vielleicht legt er auch Wert darauf, seinen Bedarf bei einer bestimmten Fabrik zu sichern.

Der Verkäufer wiederum kauft bei grossen Bestellungen den Rohstoff billiger ein. Er kann, wenn der Absatz der Produkte für längere Zeit erschlossen ist, die gesamte Produktion besser regeln: Seine Fabrik hat eine bestimmte Arbeit; es braucht daher nicht auf Vorrat produziert zu werden, was stets die Gefahr in sich birgt, dass das Geschäftskapital in unverkäuflichen Werten festgelegt wird.

Ein Hindernis für den Abschluss grosser Einkäufe bildet nun aber oft der Umstand, dass der Käufer noch nicht übersehen kann, welche Fabrikate im einzelnen er künftig braucht. Es ist ihm zwar möglich, die Art der Ware bereits im allgemeinen anzugeben, er vermag aber noch nicht die Formen und Sorten zu bestimmen, da der Bedarf hieran sich nach den Bestellungen richtet, die er wiederum künftig erhält.

Der Käufer hat diesem Missstande bisweilen dadurch etwas abzuhelfen gesucht, dass er von einer bestimmten Ware ein Mindestquantum kaufte und sich vom Verkäufer einräumen liess, den etwaigen Mehrbedarf bis zu einer gewissen Grenze zum gleichen Preise zu decken.[1] Auch hier musste sich der Käufer jedoch sofort für eine bestimmte Form bez. Sorte entscheiden und lief Gefahr, dass er gerade von dieser Ware nicht einmal das gekaufte Mindestquantum verwerten konnte, von Ware einer nicht gekauften Form bez. Sorte andererseits grosse Mengen brauchte.

Weit günstiger ist daher für ihn ein Kaufabschluss, bei dem die Beschaffenheit der vom Verkäufer zu liefernden Ware

---

1) z. B. Bolze Bd. 7 Nr. 579.

nur im allgemeinen vereinbart wird, die Bestimmung der Formen, Dimensionen, Sorten etc. dem Käufer aber für eine Zeit vorbehalten bleibt, wo er seinen Bedarf im einzelnen übersehen kann: Bei Verträgen dieser Art wird das Interesse, welches beide Teile an grossen Kaufabschlüssen haben, voll gewahrt; denn der Käufer sichert sich hierdurch seinen Bedarf zu einem Preise, der unabhängig von allen Preisschwankungen bereits jetzt für alle Bestimmungsmöglichkeiten vereinbart wird, der Verkäufer andererseits hat Beschäftigung für seine Fabrik, die auf die Herstellung der in Frage kommenden Sorten in gleicher Weise eingerichtet ist.

Einen solchen Abschluss nennt man in Anlehnung an den Wortlaut des § 375 H. G. B. bisweilen „Bestimmungskauf", meist aber „Spezifikationskauf", „Kauf mit Vorbehalt der Spezifikation" oder „Kauf auf Spezifikation". Hierbei wird natürlich der Ausdruck Spezifikation im wörtlichen Sinne gebraucht, und zwar wird damit das nachträgliche Bestimmen der Ware durch den Käufer bezeichnet.

Besonders häufig sind die Spezifikationskäufe in der Eisenindustrie; ja sie bilden hier geradezu die normale Art des Geschäftsabschlusses. Anfangs mögen sie sogar ausschliesslich im Eisenhandel üblich gewesen sein; denn sämtliche Fälle, die dem Reichsoberhandelsgericht vorlagen, gehörten diesem Gebiet an und Roemer z. B., der den Spezifikationskauf zuerst eingehend behandelt hat, erwähnt nur derartige Fälle und betitelt seine Abhandlung „Der Kaufvertrag auf Lieferung von Eisen mit dem Recht des Käufers auf sog. Spezifikation". Heute kommen die Spezifikationskäufe besonders auch in der Textilindustrie vor, und zwar bezieht sich hier die Spezifikation auf die Stärke, Verarbeitung und Farbe der Garne und Tuche. Im Holzhandel trifft der Käufer oft nachträglich die Bestimmung unter verschiedenen Formen, sowie unter mehreren Qualitäten derselben Holzart oder unter Hölzern verschiedener Sorte, und in der chemischen Industrie behält er sich z. B. die Angabe der prozentualen oder gradualen Stärke der Substanzen vor. Auch im Glas-, Salz-, Zucker- und Papierhandel werden bisweilen Spezifikationskäufe abgeschlossen.[1]

1) vgl. Dueringer-Hachenburg S. 232, 1b.

Die weite Verbreitung, die diese Geschäftsform gefunden hatte, machte den Mangel an einer gesicherten rechtlichen Grundlage, namentlich bezüglich der Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn der Käufer sich in der Vornahme der Spezifikation als säumig erweist, sehr fühlbar.[1] Man hielt es daher für geboten, besondere Vorschriften hierfür zu geben, und es ist nunmehr das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 überhaupt die erste Kodifikation, die Sonderbestimmungen für den Spezifikationskauf enthält. Da der in Betracht kommende § 375 im Abschnitte über den „Handelskauf" steht, finden diese Bestimmungen aber nur dann Anwendung, wenn der Spezifikationskauf ein Handelskauf, also für einen der beiden Teile Handelsgeschäft ist (H. G. B. §§ 343—345).

Erster Abschnitt.

Das Wesen des Spezifikationskaufes.

§ 1.

Die verkehrsüblichen Gestaltungen des Spezifikationskaufes. Die Fassung des § 375 Abs. 1 H. G. B.

In der Rechtsprechung und Literatur erachtete man anfangs eine verschiedene Behandlung der Spezifikationskäufe für notwendig, je nachdem sich die Spezifikation des Käufers nur auf die Form bez. Abmessungen der Ware erstreckte, oder er auch noch eine Bestimmung zu treffen hatte bezüglich des Materials, ob Kupfer- oder Messingblech, ob Eichen- oder Nussbaumholz etc. Daher ist es üblich geworden, zwischen sog. „einfachen" und „komplizierten" Fällen zu unterscheiden.[2] Ein „einfacher Spezifikationskauf" liegt also dann vor, wenn bei Abschluss des Ver-

1) vgl. Denkschrift S. 371.

2) Der Ausdruck „komplizierter Spezifikationsfall" findet sich zuerst R. G. Bd. 30 Nr. 29 S. 100.

trags Menge und Grundstoff der Ware fest bestimmt werden und der Käufer nachträglich nur Form oder Dimensionen, Farbe, Zusammensetzung, Verarbeitung etc. anzugeben hat. Es werden z. B. 100 Zentner Walzeisen von bestimmter Qualität verkauft, und der Käufer hat die Wahl zwischen Flacheisen oder Rund- und Quadrateisen oder Nageleisen und ausserdem bei jeder dieser drei Formen zwischen verschiedenen Abmessungen.[1] Ein komplizierter Fall ist z. B. folgender: Es ist über 80 000 Kilogramm Bleche abgeschlossen worden, und der Käufer hat die Wahl zwischen je zwei Qualitäten Schweisseisenkesselblech, Schweisseisenbehälterblech und Siemens-Martin-Flusseisenblech.[2] Bisweilen ist es schwierig, zu entscheiden, ob ein Geschäft zu den einfachen oder zu den komplizierten Fällen gehört; jedoch ist hierauf nicht näher einzugehen, da diese Einteilung der Spezifikationskäufe juristisch völlig belanglos ist. (Vgl. unten S. 22 ff.)

Das Bestimmungsrecht des Käufers kann sich auf sämtliche Sorten des Grundstoffs oder sämtliche Formen, Abmessungen etc. erstrecken, die bei der betreffenden Ware überhaupt im Handel üblich sind, oder es ist dem Käufer nur die Bestimmung unter den Sorten, Formen etc. vorbehalten, welche der Verkäufer regelmässig in seiner Fabrik herstellt, endlich ist es auch möglich, dass bei Abschluss des Vertrags nur einige Sorten und Formen vereinbart werden, auf die sich die Spezifikation des Käufers richten darf. Der erste Fall wird nur dann vorkommen, wenn der Käufer nicht die Ware vom Fabrikanten selbst, sondern von einem Zwischenhändler kauft, der seinerseits mit mehreren Fabrikanten abgeschlossen hat, und zwar in der Regel wiederum Spezifikationskäufe.

Der Käufer hat aber nicht nur das Recht, zu bestimmen, dass die vereinbarte Menge der Ware sämtlich in der einen oder der anderen der zur Wahl stehenden Sorten oder Formen geliefert werde, vielmehr darf er, sofern nichts andres vereinbart ist, die Menge auf diese Sorten und Formen beliebig verteilen. Hat er z. B. 50 Ballen wollenes Garn gekauft, und ist ihm vorbehalten, zu bestimmen, ob es in der Qualität I oder in der

1) R. O. H. G. Bd. 14 Nr. 18 S. 41, 42.

2) R. G. Bd. 30 Nr. 29 S. 97 ff.

Qualität II und in den Garnnummern 8, 9 oder 10 geliefert werden soll, so könnte die Spezifikation des Käufers so lauten:

10 Ballen Qualität I No. 8,
10 Ballen Qualität I No. 9,
15 Ballen Qualität II No. 8,
15 Ballen Qualität II No. 10.

Regelmässig wird bei Kaufabschluss eine Frist vereinbart, innerhalb deren der Käufer seine Spezifikation zu treffen hat. Es werden dann in den Vertrag Klauseln aufgenommen, wie „zu spezifizieren bis 31. Januar 1905" oder „die 6000 Zentner französisches Handelseisen sind zu liefern vom 1. Januar 1874 an in monatlichen gleichen Raten von 500 Zentnern nach vorgängiger, mindestens drei Monate vorher dem Käufer obliegender Spezifikation".[1] Bisweilen wird auch nur eine Frist vereinbart, innerhalb deren die Abnahme zu erfolgen hat, z. B. „Abnahme in diesjähriger Saison"[2] oder „Abnahme bis Ende 1890 nach Wahl und vorhergehender Spezifikation des Käufers".[3] In letzteren Fällen hat der Käufer solange vor Ablauf dieser Frist zu spezifizieren, als der Verkäufer Zeit braucht, um bei ordnungsmässigem Geschäftsgange die Ware der Spezifikation gemäss herzurichten. Hat der Käufer nach Bedarf oder nach seinem Ermessen zu spezifizieren, so darf er die Spezifikation nicht ungebührlich hinausschieben (B. G. B. § 157). Ist überhaupt keine ausdrückliche Vereinbarung darüber getroffen, wann der Käufer zu spezifizieren hat, so müssen die Umstände und die Absichten der Parteien entscheiden.[4] Es liegt in der Natur des Spezifikationskaufes, dass dem Käufer jedenfalls eine gewisse Frist zur Vornahme der Spezifikation zu gewähren ist. Der Käufer behält sich ja gerade die Spezifikation vor, weil er bei Vertragsschluss noch nicht in der Lage ist, die Beschaffenheit der Ware genau zu bestimmen. Deshalb kann § 271 Abs. 1 B. G. B. niemals eingreifen.[5]

Nicht notwendig ist, dass der Käufer gleichzeitig die gesamte Menge der gekauften Ware spezifiziert. Vielmehr ist es

1) R. O. H. G. Bd. 16 Nr. 59 S. 203.
2) R. G. Bd. 14 Nr. 59 S. 243.
3) R. G. Bd. 30 Nr. 29 S. 98.
4) vgl. Bolze Bd. 8 S. 494; B. G. B. § 157.
5) a. M. Lehmann S. 110 Nr. 6.

ihm zu gestatten, dass er innerhalb der ihm gewährten Frist seine Erklärung für einzelne Raten abgibt, und zwar steht die Grösse der Raten, für die er jedesmal spezifiziert, in seinem Belieben, sofern nicht abweichende Vereinbarungen getroffen sind.

Die Preisbestimmung erfolgt bei den Spezifikationskäufen regelmässig in der Weise, dass für den Rohstoff der betreffenden Ware ein „Grundpreis", für die einzelnen Formen bez. Dimensionen, auf die der Käufer seine Spezifikation richten darf, je ein „Überpreis" vereinbart wird. Bei den komplizierten Fällen wird in der Regel für jede der zur Wahl stehenden Sorten ein besonderer Grundpreis vereinbart. Erst durch die Bestimmung des Käufers entscheidet sich, welcher der verschiedenen Überpreise zum Grundpreis hinzutritt, und in den komplizierten Fällen ausserdem, welchen Grundpreis der Käufer zu zahlen hat. Sind die Kosten der Bearbeitung für die einzelnen Formen gleich, so entfällt die Aufstellung von Überpreisen; der Kaufpreis steht bereits bei Vertragsschluss fest. Ebenso kann bei den komplizierten Fällen, falls der Wert für die einzelnen Sorten nicht wesentlich von einander verschieden ist, für sämtliche Sorten der gleiche Grundpreis vereinbart werden. Dieser wird nach dem Marktpreise des Rohstoffs zur Vertragszeit bemessen; die Überpreise sind regelmässig für eine längere Geschäftsperiode in einer vom Verkäufer aufgestellten Überpreisskala verzeichnet, die meist dem Käufer bei Abschluss des Vertrags mitgeteilt wird. Daraus, dass ein Grundpreis vereinbart worden ist, ergibt sich, dass die Parteien unter Zugrundelegung einer Überpreisskala kontrahiert haben, und zwar, sofern nichts anderes vereinbart ist, unter Zugrundelegung der zur Zeit des Vertragsschlusses geltenden Preisskala des Verkäufers. Diese ist, wenn nicht ausdrücklich, so stillschweigend vereinbart. Es ist nicht erforderlich, dass der Käufer sie kennt; er ist trotzdem an sie gebunden.[1] Eine Ausnahme tritt jedoch dann ein, wenn die Preisansätze der Überpreisskala so unverhältnismässig hoch sind, dass der Käufer unmöglich auf sie vorbereitet sein konnte. In diesem Falle ist der Verkäufer nicht berechtigt, dem Käufer ohne weiteres diese Preise zu berechnen. Hat der Verkäufer keine Überpreisskala für die einzelnen

1) vgl. R. O. H. G. Bd. 19 Nr. 115 S. 401, 402.

Formen und Sorten und ist die Höhe der Überpreise bei Abschluss des Vertrags nicht vereinbart worden, so bestimmt der Verkäufer die Überpreise nach billigem Ermessen. (B. G. B. §§ 315, 316.)

Nachdem wir gesehen haben, welcher Art die Verträge sind, die man im Handelsverkehr als Spezifikationskäufe bezeichnet, wirkt die Fassung des § 375 Abs. 1 H. G. B. in mehrfacher Hinsicht befremdend. Es werden in § 375 Sondervorschriften gegeben für den „Kauf einer beweglichen Sache", bei dem dem Käufer „die nähere Bestimmung über Form, Mass oder ähnliche Verhältnisse" vorbehalten ist. Auffallend ist zunächst der Ausdruck „Kauf einer beweglichen Sache". Schon der wirtschaftliche Charakter der Spezifikationskäufe weist darauf hin, dass er seine Hauptanwendung als Gattungskauf über eine Quantität vertretbarer Sachen findet. Dies war denn auch bei sämtlichen Spezifikationskäufen, die dem Reichsoberhandelsgericht und Reichsgericht zur Entscheidung vorgelegen haben, der Fall. Offenbar soll durch die Fassung „Kauf einer beweglichen Sache" die Einheitlichkeit des Kaufgegenstandes zum Ausdruck gebracht und ein Hinweis auf die juristische Konstruktion der Spezifikationskäufe gegeben werden. Obwohl der Kaufgegenstand häufig aus einer grossen Anzahl nach Form und Sorte verschiedener Stücke besteht und obwohl derselbe unter Umständen innerhalb einer längeren Zeit in unbestimmt vielen Teilquantitäten geliefert wird, handelt es sich stets doch nur um den Kaufgegenstand, um die Ware.[1]

Ausgeschlossen ist es freilich nicht, dass Gegenstand eines Spezifikationskaufes auch tatsächlich einmal eine bewegliche Sache ist, und zwar eine vertretbare oder nicht vertretbare, die generell oder speziell geschuldet wird.

In der älteren Literatur über den Spezifikationskauf war ausschliesslich die Ansicht vertreten, dass er nur als Gattungskauf vorkommen könne, und auch in der Literatur, die sich an § 375 H. G. B. anschliesst, wird auf die Möglichkeit eines Spezieskaufes selten hingewiesen.[2] [3]

1) vgl. Weber S. 28.

2) vgl. Lehmann S. 109 Nr. 3; Makower S. 1146, II.

3) Dueringer-Hachenburg (S. 232, c) hält einen Spezifikationskauf über nicht vertretbare Sachen für ausgeschlossen; seine Beweisführung kann ich nicht verstehen.

Infolge der Fassung des § 375 Abs. 1 H. G. B. könnte man ferner Bedenken tragen, ob diese Sondervorschriften auch auf die komplizierten Fälle Anwendung finden; denn erwähnt ist darin nur die nähere Bestimmung „über Form, Mass oder ähnliche Verhältnisse". Um § 375 auch auf die komplizierten Fälle anwenden zu können, muss man entweder annehmen, dass diese Aufzählung unvollständig ist und sich eine ausdehnende Auslegung als notwendig erweist (so Wankelmuth S. 19), oder man darf in der Bestimmung der Sorte einer Ware nichts wesentlich anderes erblicken als in der Bestimmung der Form und der Maasse. Dass wir zu letzterer Auffassung berechtigt sind, wird bei der Untersuchung der juristischen Konstruktion der Spezifikationskäufe ausgeführt werden.[1] Dann bilden aber die Worte „ähnliche Verhältnisse" eine clausula generalis, die auch die komplizierten Fälle einschliesst. (So auch Makower S. 1148, III b.)

§ 2.

Die Gültigkeit des Spezifikationskaufes. Seine juristische Konstruktion.

Die ersten Entscheidungen der Gerichte, die sich mit dem Spezifikationskaufe zu beschäftigen hatten, haben regelmässig zunächst die Frage behandeln müssen, ob derartige Abreden trotz der Unbestimmtheit von Ware und Preis überhaupt rechtlich bindend sind oder ob etwa ein bindender Vertrag erst zu stande kommt, wenn der Käufer spezifiziert hat. Sie haben sich stets für die Verbindlichkeit unseres Geschäfts ausgesprochen[2], und auch in der Literatur ist die entgegengesetzte Ansicht wohl kaum vertreten.

Infolge der Bestimmung des § 375 H. G. B. ist nunmehr jeder Zweifel an der Gültigkeit unseres Geschäfts ausgeschlossen. Heute ist nur zu untersuchen, inwiefern die Vertragsgestaltung des § 375 mit den allgemeinen Vorschriften über Verträge im Einklange steht, obwohl doch Ware und Preis noch unbestimmt sind und der Käufer deren Bestimmung nach seinem Belieben treffen darf.

---

1) vgl. unten S. 22 ff.

2) vgl. R. O. H. G. Bd. 14 Nr. 18 S. 41, 42; Bd. 18 Nr. 10 S. 48–50. R. G. Bd. 10 Nr. 26 S. 97; Bd. 14 Nr. 59 S. 244.

Das B. G. B. fordert zur Gültigkeit eines Vertrages keine absolute, sondern nur eine relative Bestimmtheit der Leistungen, d. h. es muss der Umfang der beiderseitigen Leistungen auf Grund des Vertrages selbst, ohne dass es einer neuen Vereinbarung bedarf, bestimmt werden können. (Ähnlich Crome, S. 40; vgl. auch B. G. B. § 315.) Dies ist beim Spezifikationskauf der Fall, da die Abrede der Parteien dahin geht, dass der Käufer durch seine Erklärung, durch die Spezifikation, die noch bestehende Unbestimmtheit der Ware und damit zugleich die des Preises beseitigen soll.

Im allgemeinen ist nun freilich ein Vertrag, bei dem einer der Beteiligten den Umfang von Leistung und Gegenleistung nach seinem Belieben bestimmen darf, nichtig. Denn einmal ist der kein Schuldner, welcher beliebig feststellen kann, was er schuldet, und ferner widerspricht es den guten Sitten, wenn der Schuldner unbeschränkt dem Willen des Gläubigers unterworfen wird.

Dem Spezifikationskäufer ist jedoch die Bestimmung seiner Berechtigung und Verpflichtung nur innerhalb solcher Grenzen überlassen, dass hierin kein Verstoss gegen die guten Sitten liegt: Bereits bei Abschluss des Vertrags werden die Menge der Ware, deren Art im allgemeinen, sowie der höchste und niedrigste Preis, der in Betracht kommen kann, bestimmt. Ausserdem ist die Vereinbarung so getroffen, dass sich der Preis je nach der Spezifikation, die der Käufer hinsichtlich der Ware trifft, von selbst ergibt, sonach der Umfang der eigenen Verpflichtung in Wahrheit dem Belieben des Käufers nicht überlassen ist.

Fehlt es bei einer Spezifikationsabrede an der erforderlichen Bestimmtheit der Ware und des Preises, ist also der Willkür des Käufers ein zu weiter Spielraum gelassen, so ist der Vertrag nichtig.[1)]

Längerer Zeit hat es bedurft, ehe man zu einer befriedigenden Auffassung von der juristischen Konstruktion der Spezifikationskäufe gelangte. Da die Lehre vom Spezifikationskaufe fast ausschliesslich von der Rechtsprechung, besonders vom Reichsgericht und Reichsoberhandelsgericht entwickelt worden

1) So auch Lehmann S. 109 Nr. 1 und Dormitzer S. 15.

ist, sind die verschiedenen Ansichten vom Wesen unseres Geschäfts in erster Linie aus den Entscheidungen dieser Gerichte zu ersehen.

Das R. O. H. G. nahm für die einfachen Spezifikationskäufe eine Kombination eines Haupt- und Nebenvertrags an. Es unterschied den eigentlichen Kaufvertrag, dessen Gegenstand eine bestimmte Quantität eines bestimmten Grundstoffs z. B. von Eisen in der durch die Bearbeitung der Eisenhüttenwerke erzielten ursprünglichen Gestalt und dessen Preis der vereinbarte Grundpreis sei, und den Nebenvertrag, durch den der Verkäufer verpflichtet werde, das vertragsmässig festgesetzte Quantum in der vom Käufer bestimmten Form zu liefern und durch den der Käufer verpflichtet werde, diese Bestimmung zu treffen und die Kosten der Formgebung, den Überpreis, zu zahlen. Durch die dem Käufer eingeräumte Ermächtigung werde der Gegenstand des Geschäfts selbst nicht berührt; dieser stehe durch den Lieferungsvertrag in genere unwandelbar fest. Der beigefügte Nebenvertrag habe nur den Zweck, dem Käufer die Möglichkeit zu verschaffen, eine Formgestaltung der generell gekauften Ware zu erlangen, die seinem bei dem Vertrage in das Auge gefassten geschäftlichen Interesse entspreche.[1]

Dieselbe Auffassung von den einfachen Fällen haben Roemer[2], v. Hahn[3] und Keyssner[4].

Roemer[5] hält aber auch die Auffassung für möglich, dass soviel verschiedene Leistungen alternativ geschuldet seien, als es Formen (Dimensionen) sind, zwischen welchen der Besteller die Wahl hat, und soviel Preise alternativ vereinbart, als die Überpreisskala Preise für die verschiedenen Formen festsetzt.

Gegen diese Annahme einer Alternativobligation haben sich jedoch das R. O. H. G. und R. G. wiederholt ausgesprochen[6], und Roemer selbst gibt der Auffassung des R. O. H. G. den

1) R. O. H. G. Bd. 16 Nr. 59 S. 203 ff.
2) S. 133.
3) S. 635.
4) S. 333.
5) S. 133.
6) R. O. H. G. Bd. 15 Nr. 45 S. 147; Bd. 22 Nr. 3 S. 6; R. G. Bd. 10 Nr. 26 S. 98.

Vorzug, weil die Festsetzung des Grundpreises und von Überpreisen neben dem Grundpreise darauf hinweise, dass der Verkehr die Formen, in welchen geliefert werden soll, als etwas Nebensächliches betrachte.

Für die komplizierten Fälle hatte das R. O. H. G. eine verschiedene Auffassung, je nachdem für die einzelnen Sorten verschiedene Grundpreise vereinbart worden waren oder der Grundpreis für sämtliche Sorten der gleiche war. In ersteren erblickte es so viele verschiedene Kaufverträge, als dem Käufer verschiedene Sorten zur Wahl gelassen waren, in letzteren hingegen nur eine Obligation, und zwar eine alternative. Die Verschiedenheit der Qualität der nur dem Genus nach bestimmten Ware begründe eine Verschiedenheit des Gegenstandes des Kaufs und, wenn durch die Verschiedenheit der Qualität eine Verschiedenheit des Preises begründet werde, auch eine Verschiedenheit des Geschäfts. Erst durch die Erklärung des Käufers, der aber zur Abgabe dieser Erklärung binnen bestimmter Frist verpflichtet sei, werde gewiss, welcher der mehreren Kaufverträge definitiv geschlossen sein solle.[1]

Auf demselben Standpunkte steht auch Roemer[2]; jedoch zieht er bei Verschiedenheit der Grundpreise der vom R. O. H. G. vertretenen Annahme mehrerer bedingter Käufe die Annahme eines pactum de contrahendo des Inhalts vor, dass der eine Teil sich verpflichte, nach seiner Wahl einen der mehreren Käufe zu schliessen und der andere Teil sich verbindlich mache, denjenigen Kauf, für welchen der erstere sich entscheiden werde, einzugehen.

Das R. G. schloss sich anfangs sowohl für die einfachen[3], wie für die komplizierten Fälle[4] der Auffassung des R. O. H. G. an, räumte aber bereits in der Entscheidung vom 9. März 1892[5] auch die Möglichkeit ein, dass „auf Grund besonderer Umstände nach der Lage des einzelnen Falles" trotz der verschiedenen Qualitäten mit verschiedenen Grundpreisen sofort ein bestimmter Kauf angenommen werden könne. In der Ent-

1) R. O. H. G. Bd. 18 Nr. 10 S. 48, 49.
2) S. 134 ff.
3) R. G. Bd. 10 Nr. 26 S. 97.
4) R. G. Bd. 29 Nr. 6 S. 18.
5) R. G. Bd. 29 Nr. 6 S. 18.

scheidung vom 27. Mai 1892 [1] gab es sodann die hergebrachten Auffassungen vollkommen auf und erklärte es für nicht geboten, zu unterscheiden, ob die Wahl des Käufers nur die Herstellungsart, insbesondere die Formgebung, oder ob sie auch den Stoff betreffe, da durch beide Arten von Bestimmung Merkmale festgestellt würden, welche die lieferbare Ware haben solle, also über das Genus der Ware, über Gattung, Art, Unterart entschieden werde. Es erblickt seitdem in jedem Spezifikationskauf einen einheitlichen Kauf. Zu diesem Resultate kam das R. G. auf Grund der Erwägung, dass man bei einem Kaufvertrage mit alternativer Leistungspflicht des Verkäufers an der Einheitlichkeit des Vertrags nie gezweifelt habe und dass die umfänglichere Wirkung der Wahlentscheidung bei den Spezifikationskäufen ein abweichendes Ergebnis nicht bedinge.

Diese Auffassung, dass jeder Spezifikationskauf ein einheitlicher Vertrag sei, und zwar ein Kauf oder ein kaufähnliches Geschäft, ist heute die herrschende. Geteilt sind die Meinungen aber noch darüber, ob auch der Gegenstand dieses Vertrages einheitlich ist oder ob so viele Leistungen alternativ geschuldet werden, als die Parteien bei Kaufabschluss verschiedene Formen bez. Sorten in Betracht gezogen haben. Erstere Ansicht wird vom Reichsgericht [2] und in der Literatur z. B. von Oertmann [3], Staub [4], Lehmann [5] und Cosack [6] vertreten. Cosack definiert den Spezifikationskauf als „unbedingten Kauf über Gattungssachen mit Wahlrecht des Käufers". (Siehe unten S. 23.) Hingegen erblicken Kohler [7] und Hirsch [8] in jedem Spezifikationskaufe schlechthin ein alternatives Geschäft. Makower [9] geht davon aus, dass die Begriffsbestimmung des § 262 B. G. B. den Spezifikationskauf mit umfasse; deshalb sei der Spezifikationskauf eine Unterart des Wahlvertrags. Trotzdem hält er aber eine Abgrenzung beider für unentbehrlich,

1) R. G. Bd. 30 Nr. 29 S. 102.
2) R. G. Bd. 30 Nr. 29 S. 102.
3) S. 211 ff.
4) S. 1311.
5) S. 109 Nr. 1.
6) Cosack-H. G. B. S. 211, V.
7) S. 359.
8) S. 161.
9) S. 1147.

da die in § 375 H. G. B. für den Spezifikationskauf gegebenen Bestimmungen zum Teil von den allgemeinen Vorschriften über den Wahlvertrag, namentlich von § 264 Abs. 2 B. G. B. abwichen. Er bezeichnet deshalb den Spezifikationskauf als „denjenigen mit Wahlrecht des Käufers bezüglich der Leistung des Verkäufers ausgestatteten Wahlkauf, bei dem dies Wahlrecht nur innerhalb enger, nach der Verkehrsanschauung den Inhalt der Leistung nur unerheblich verschiebender Grenzen ausgeübt werden kann, während alle nach der Verkehrsanschauung erheblichen Merkmale der Leistung bereits feststehen."

Dies sind die verschiedenen Ansichten von der juristischen Konstruktion der Spezifikationskäufe, die in der Rechtsprechung und Literatur vertreten worden sind. Bei der Entscheidung, welche dieser zum Teil sehr widersprechenden Auffassungen den Vorzug verdient, ist, wie bereits eingangs hervorgehoben wurde, vor allem die Absicht der Vertragschliessenden zu berücksichtigen. Der Zweck, den der Käufer mit Abschluss eines Spezifikationskaufes verfolgt, geht dahin, sich den Bezug von Waren, deren Beschaffenheit im einzelnen er zur Zeit noch nicht anzugeben vermag, zu einem bestimmten Preise zu sichern. Er schliesst deshalb auch sofort über ein Quantum dieser Waren ab und bezeichnet sie soweit, als es ihm zur Zeit möglich ist. Die Absicht, zunächst ein Quantum Rohmaterial zu kaufen und dieses später verarbeiten zu lassen, liegt ihm fern. Dass der Wille der Parteien sofort auf die zu liefernde Ware gerichtet ist, ergibt sich schon aus der Art der Abmachung: Es wird nicht die Menge des Rohmaterials, sondern die der Ware vereinbart. Beide Mengen werden zwar in manchen Fällen gleich sein, in anderen Fällen ist aber die Menge des erforderlichen Rohmaterials grösser als die vereinbarte, da sich öfters bei der Verarbeitung Abfälle ergeben. Sonach würde die Annahme eines Haupt- und Nebenvertrages im Widerspruch mit den Intentionen der Parteien stehen. Für die Annahme spricht nun scheinbar die Vereinbarung von Überpreisen neben dem Grundpreise. Diese Auseinanderlegung des Preises hat jedoch, wie Oertmann[1] hervorhebt, „nur rechnungsmässige Bedeutung. Ist die Wahl vollzogen, so wird der Preis als etwas durchaus

1) S. 213, 214.

Einheitliches gefordert.“ Die Richtigkeit dieser Ausführung Oertmanns ersieht man daraus, dass in den Fällen, in welchen die Herrichtung der einzelnen Formen gleiche Kosten verursacht, der Preis sonach von der künftigen Spezifikation des Käufers unabhängig ist, kein besonderer Preis für die Formgebung vereinbart, vielmehr der Preis mit Rücksicht auf die Formgebung höher bemessen wird.[1] In Fällen letzterer Art würde sonach in dem „Nebenvertrag“, der offenbar als Werkvertrag gedacht ist, die Vereinbarung einer besonderen Vergütung für die Formgebung fehlen. Auch dieser Grund spricht gegen die Annahme eines Haupt- und Nebenvertrags. Schliesslich geht aus der Fassung des § 375 H. G. B. hervor, dass der Gesetzgeber in der Formgebung keine selbständige Leistung, sondern nur einen wesentlichen Bestandteil der Leistung des Verkäufers erblickt.

Die einfachen Spezifikationskäufe sind sonach ein einheitlicher Vertrag.

Dass der Gegenstand des Spezifikationskaufes von Anfang an die zu liefernde Ware ist, gilt aber auch für die komplizierten Fälle. Es haben die Parteien nicht die Absicht, wie das R. O. H. G. annahm, so viele Kaufverträge bedingt abzuschliessen, als für die einzelnen Sorten verschiedene Grundpreise vereinbart sind; denn der Käufer darf die vereinbarte Menge auf die einzelnen Sorten beliebig verteilen, und es würde sonach in vielen Fällen keiner der bedingten Käufe zu stande kommen. Da mithin der Käufer auch häufig keinen der vereinbarten Grundpreise voll zahlt, vielmehr mehrere derselben zum Teil, kann die Festsetzung verschiedener Grundpreise, ebenso wie es bei der Festsetzung von Überpreisen der Fall war, nur rechnungsmässige Bedeutung haben.

Die Befugnis des Käufers, das gekaufte Quantum teilweise in Ware der einen, teilweise in Ware der anderen Sorte bez. Form zu verlangen, macht ferner die Annahme unmöglich, es seien so viele Leistungen alternativ geschuldet, als dem Käufer Sorten und Formen zur Wahl stehen. Wollte man den Spezifikationskauf trotzdem als Alternativobligation ansehen, so müsste man so viele Leistungen als geschuldet annehmen, als für den Käufer Möglich-

1) vgl. oben S. 13.

keiten der Spezifikation vorliegen. Diese können aber ausserordentlich zahlreich sein, da die Grösse der Teilquanten völlig in das Belieben des Käufers gestellt ist und die Teilquanten nur zusammen das Gesamtquantum ausmachen müssen. Eine derartige Auffassung würde natürlich gekünstelt sein. Die Annahme einer Wahlschuld ist auch mit der Fassung des § 375 H. G. B. nicht vereinbar; denn § 375 spricht vom „Kaufe einer beweglichen Sache", während nach § 262 B. G. B. bei der Wahlschuld „mehrere Leistungen" in der Weise geschuldet werden, dass nur die eine oder die andere zu bewirken ist.

Sehen wir zunächst von den Fällen ab, wo der Spezifikationskauf ein Spezieskauf ist, so lässt sich das Bestimmungsrecht des Käufers bezeichnen als das Recht, noch nachträglich Gattungsmerkmale anzugeben. Da die Gattung einer Ware ebenso durch die Form wie durch den Grundstoff bestimmt wird, besteht zwischen den einfachen und den komplizierten Fällen kein Unterschied. Vielmehr gibt der Käufer bei Abschluss eines jeden Spezifikationskaufes die Gattung bez. die Gattungen, aus denen die Ware geliefert werden soll, so genau an, als dies ihm bereits möglich ist, behält sich aber die Angabe der eventuell in Frage kommenden weiteren Gattungsmerkmale vor. Der Unterschied zwischen einem gewöhnlichen Gattungskauf und einem Spezifikationskauf ist sonach der, dass der Käufer bei jenem bereits bei Kaufabschluss sämtliche Gattungsmerkmale angibt, beim Spezifikationskauf aber zunächst nur einige. Deshalb verwandelt sich der Spezifikationskauf auch nach der Spezifikation, also nach Angabe der vorbehaltenen Gattungsmerkmale, in einen gewöhnlichen Gattungskauf.

Allgemein ausgedrückt, ist das Bestimmungsrecht des Käufers bei jedem Spezifikationskaufe, mag es sich um einen Gattungskauf oder einen Spezieskauf, einen einfachen oder einen komplizierten Fall handeln, das Recht, die zu liefernde Ware noch nach Kaufabschluss näher zu bestimmen. Mit der Vereinbarung mehrerer Formen bez. Sorten wird nur der Zweck verfolgt, die Grenzen zu bezeichnen, innerhalb deren dieses genauere Bestimmen durch den Käufer zu erfolgen hat.

Unrichtig ist es, wenn Cosack[1] den Spezifikationskauf als einen „Kauf über Gattungssachen mit Wahlrecht des Käufers" bezeichnet, also in der Spezifikation die Auswahl des Individuums aus der Gattung erblickt. Zunächst würde, wie Berndorff[2] richtig ausführt, überhaupt kein Gattungskauf, sondern ein Spezieskauf vorliegen, wenn der Gläubiger die zu leistende Sache bestimmen sollte, ausserdem aber wählt der Käufer durch die Spezifikation nicht die individuellen Sachen aus der Gattung aus, vielmehr bleibt trotz der Spezifikation des Käufers der Kauf noch ein Gattungskauf, bei dem die Wahl der individuellen Leistung vom Verkäufer vorgenommen wird.

Das Resultat unserer Ausführungen ist sonach, dass die allein mögliche Auffassung von der juristischen Konstruktion der Spezifikationskäufe die vom R. G. vertretene ist. Diese lässt sich auch der Fassung des § 375 H. G. B. gegenüber allein halten. Jeder Spezifikationskauf ist also ein einheitlicher Vertrag mit einheitlichem Leistungsgegenstande, und zwar ein Kauf oder ein kaufähnliches Geschäft. Ein eigentlicher Kauf ist der Spezifikationskauf dann, wenn der Verkäufer nicht der Fabrikant ist oder wenn er als Fabrikant die Waren bereits bei Vertragsschluss in den gewünschten Formen bez. Sorten vorrätig hat, sodass die zu liefernde Ware nach der Spezifikation vom Verkäufer aus den Vorräten nur auszuscheiden ist. Mit Rücksicht auf diese Fälle, in denen ein eigentlicher Kauf vorliegt, lautet der Eingang des § 375 H. G. B. nicht mehr wie im Entwurf I § 346 „Ist bei dem Kaufe einer von dem Verkäufer herzustellenden beweglichen Sache . . .", sondern nur „Ist bei dem Kaufe einer beweglichen Sache . . .".[3]

In der Regel aber wird die Ware erst auf Grund der Spezifikation hergestellt. Es liegt also dann ein Werkvertrag vor. Da es sich, wie wir gesehen haben, beim Spezifikationskaufe meist um Herstellung vertretbarer Sachen handelt, ist dieser Werkvertrag in den weitaus häufigsten Fällen ein sog. Lieferungsvertrag, also ein Werkvertrag, der ausschliesslich nach Kaufvorschriften zu beurteilen ist. (B. G. B. § 651 Abs. 1 Satz

1) H. G. B. S. 211, V.
2) S. 6, 7, 99.
3) vgl. Dueringer-Hachenburg S. 232, c.

1 und 2 erste Hälfte.) Es kann der Spezifikationskauf jedoch auch ein Werkvertrag sein, bei dem eine nicht vertretbare Sache aus dem Grundstoffe herzustellen ist (B. G. B. § 651 Abs. 1 Satz 2 zweite Hälfte), da gemäss § 381 Abs. 2 H. G. B. auf diesen ebenfalls die Vorschriften über den Handelskauf Anwendung finden.

Zweiter Abschnitt.

Die Rechtsfolgen unterlassener Spezifikation.

§ 3.

Die Rechtsfolgen unterlassener Spezifikation im allgemeinen.

Sobald der Käufer die ihm vorbehaltene nähere Bestimmung der Ware trifft, verwandelt sich der Spezifikationskauf in einen gewöhnlichen Kauf.

Besonderes gilt für den Spezifikationskauf nur dann, wenn der Käufer es unterlässt, rechtzeitig zu spezifizieren. „Wenn ein Preisrückgang eintritt, kommen die Käufer leicht in Versuchung, sich mit der Spezifikation säumig zu erweisen. Sie fangen an zu mäkeln, versuchen am Preise zu drücken, machen Schwierigkeiten. Der Verkäufer oder sein Lieferant hat sich aber auf die Fabrikation eingerichtet, die Fabrik und die für den Fabrikbetrieb angenommenen Techniker und Arbeiter müssen beschäftigt werden. Er kann nicht auf die Spezifikation beliebig lange warten; sonst müsste die Fabrik stillstehen oder die Reihenfolge würde gestört.“[1])

Die Frage, welche Rechte dem Verkäufer in diesem Falle zustehen, ist früher mangels jeder gesetzlichen Regelung sehr verschieden beantwortet worden, und zwar wurden folgende vier Rechte in Betracht gezogen, von denen dem Verkäufer nach der einen Ansicht nur einzelne, nach der anderen sämtliche zustehen sollten:

1. Vornahme des Selbsthilfeverkaufs mit der Befugnis des neuen Käufers zur Spezifikation.

1) R. G. Bd. 37 Nr. 8 S. 27.

2. Klage auf Zahlung des Kauf- bez. Mindestpreises.
3. Klage auf Vornahme der Spezifikation.
4. Vornahme der Spezifikation statt des Käufers.

Auf die Gründe, die für und gegen diese Rechte in der Rechtsprechung und Literatur angeführt worden sind, ist nur insoweit einzugehen, als sie für das geltende Recht noch Bedeutung haben.

Da § 375 Abs. 2 H. G. B. nur das Recht, die Spezifikation statt des Käufers vorzunehmen, das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sowie auf Rücktritt vom Vertrag erwähnt, herrscht hinsichtlich der Zulässigkeit des Selbsthilfeverkaufs, der Klage auf Zahlung des Kaufpreises bez. des Mindestpreises und der Klage auf Vornahme der Spezifikation auch heute noch grosse Meinungsverschiedenheit. Abzulehnen ist jedenfalls die Ansicht, dass der zweite Absatz des § 375 H. G. B., wie Dormitzer annimmt, eine abschliessende Aufzählung bedeute. Zur Begründung seiner Ansicht führt Dormitzer[1] aus, es wäre völlig überflüssig gewesen, die Rechte aus § 326 B. G. B. besonders zu nennen, wenn dem Verkäufer in erster Linie die allgemeinen Rechte aus dem Verzuge bei gegenseitigen Verträgen zuständen.

Dieser Grund ist wohl kaum stichhaltig, da mit Staub[2] anzunehmen ist, dass der Verkäufer die Rechte aus § 326 nicht hätte, wenn § 375 sie ihm nicht ausdrücklich geben würde.[3] Die weitgehenden Rechtsfolgen, die in § 326 B. G. B. an den Verzug geknüpft sind, sowie die Fassung („mit der ihm obliegenden Leistung") weisen darauf hin, dass § 326 nur auf den Verzug in derjenigen Leistung Anwendung finden soll, welche das Äquivalent für die Leistung des Nichtsäumigen bildet. Das Äquivalent für die Leistung des Verkäufers ist aber allein die Zahlung des Kaufpreises, während die Vornahme der Spezifikation nur eine Nebenleistung ist.[4] Auch nach Auffassung der Denkschrift soll die Aufzählung der Rechte des Verkäufers in § 375 Abs. 2 H. G. B. nicht erschöpfend sein.[5]

1) S. 25.
2) S. 1313, 3.
3) a. M. die Denkschrift S. 371.
4) Merkwürdigerweise teilt Dormitzer an einer späteren Stelle seiner Abhandlung (S. 35) diese Anschauung.
5) S. 372.

Bei der Behandlung der Rechtsfolgen unterlassener Spezifikation ist davon auszugehen, dass die Spezifikation sowohl ein Recht als auch eine Pflicht des Käufers ist. Dass der Käufer als Gläubiger berechtigt ist, die nähere Bestimmung der Ware zu treffen, ergibt sich aus der Wendung des § 375 Abs. 1 H. G. B.: Ist dem Käufer die nähere Bestimmung „vorbehalten". Dass die Spezifikation aber auch eine Pflicht des Käufers als Schuldners ist, geht klar aus den Worten hervor: Der Käufer ist „verpflichtet", die vorbehaltene Bestimmung zu treffen.

Es werden zunächst die Folgen erörtert werden, die sich an die Nichtausübung des dem Käufer als Gläubiger zustehenden Spezifikationsrechtes knüpfen, und darauf diejenigen, welche sich aus der Nichterfüllung der dem Käufer als Schuldner obliegenden Spezifikationspflicht ergeben.

§ 4.

Das Unterlassen der Spezifikation kann als Nichtausübung eines Rechtes des Käufers Annahmeverzug bewirken.

Da dem Käufer bei Abschluss des Vertrags die nähere Bestimmung der Ware vorbehalten ist, so hat er, wie bereits erwähnt, ein Recht darauf, diese Bestimmung zu treffen. Die vom Verkäufer geschuldete Ware ist daher nur die, welche der Spezifikation des Käufers entspricht. Deshalb kann der Verkäufer dem Käufer die Ware erst liefern, wenn dieser spezifiziert und er die Ware entsprechend der Spezifikation hergerichtet hat. Liefert der Verkäufer dem Käufer Ware in einer von ihm selbst gewählten Form oder Sorte, so liegt keine Leistung des Vertragsgegenstandes vor. Hieraus folgt, dass sich die Spezifikation als eine Handlung des Käufers darstellt, die für die Bewirkung der Leistung des Verkäufers Voraussetzung ist. Ist daher der Käufer in Vornahme der Spezifikation säumig, so genügt es gemäss § 295 B. G. B., um ihn als Gläubiger der Ware in Verzug zu setzen, wenn der Verkäufer ihm die Ware wörtlich anbietet. Anderer Ansicht ist Lehmann[1], weil das Gesetz, unter gewissen Voraussetzungen dem Verkäufer das Recht gibt, eine gültige Spezifikation statt des Käufers vorzunehmen. Er

1) S. 112 Nr. 15.

übersieht jedoch, dass die Spezifikation des Verkäufers rechtlich erst zulässig ist, wenn sich der Käufer mit der Erfüllung seiner Spezifikationspflicht im Verzuge befindet; hier aber handelt es sich darum, festzustellen, wann der Käufer in Verzug gerät.

Auch die herrschende gemeinrechtliche Lehre sah bereits von dem Erfordernis eines tatsächlichen Angebots der Leistung zur Herbeiführung des Annahmeverzugs ab, sofern zum Beginn oder zur Fortsetzung der Leistung des Schuldners eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich war. Diese Auffassung ist vom R. O. H. G. und R. G. stets vertreten worden, und von den früheren Schriftstellern leugnete allein Roemer[1] wegen der nicht erfolgenden Realoblation die Möglichkeit des Annahmeverzugs.

Hat der Käufer innerhalb der vereinbarten Frist nicht spezifiziert, und teilt der Verkäufer ihm nunmehr mit, dass er nach Empfang der Spezifikation bereit sei, zu leisten, so gerät der Käufer in Annahmeverzug, sofern er trotzdem die Spezifikation unterlässt. Ein genügendes Angebot erblickt das B. G. B. (§ 295) auch darin, dass der Verkäufer den Käufer auffordert, die Bestimmung zu treffen. Ist für die Vornahme der Spezifikation eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es weder eines ausdrücklichen Angebots, noch einer Aufforderung zur Spezifikation, es gilt vielmehr hier derselbe Grundsatz wie für den Schuldnerverzug: dies interpellat pro homine (B. G. B. § 296). Zwar wird nun beim Spezifikationskaufe selten ein Datum festgesetzt, an dem der Käufer die Bestimmung zu treffen hat, vielfach aber wird für die Vornahme der Spezifikation eine Frist vereinbart, und zwar so, dass entweder ein bestimmtes Datum als deren Ende bezeichnet wird oder sich das Ende derselben nach dem Kalender berechnen lässt.[2] Der letzte Tag der Frist bildet dann den Zeitpunkt, in dem die Spezifikation spätestens erfolgen muss. Ist hingegen für die Leistung des Verkäufers eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so ist wörtliches Angebot notwendig, da der Käufer hier eine gewisse Zeit zuvor die Bestimmung treffen muss, dieser Zeitpunkt aber nicht nach dem Kalender berechenbar ist.

1) S. 140.
2) vgl. oben S. 12.

Annahmeverzug tritt dann nicht ein, wenn der Fabrikant zur Zeit des Angebots ausser stande ist, die Ware nach eingelaufener Spezifikation sofort herzurichten (§ 297 B. G. B.). Es ist freilich nicht notwendig, dass er zur kritischen Zeit die gesamte Menge Rohstoff bereits in seinem Besitze hat, vielmehr genügt es, dass so viel zur Stelle ist, als er in der nächsten Zeit zur Verarbeitung braucht, und auf den rechtzeitigen Eingang des übrigen Rohstoffs sicher zu rechnen ist.

Da der Gläubigerverzug nicht Verschulden zur Voraussetzung hat, kann sich der Käufer nicht darauf berufen, dass er ohne sein Verschulden in der Vornahme der Spezifikation säumig sei. Hat er z. B. seine Spezifikation rechtzeitig abgesandt, ist das betreffende Schreiben jedoch nicht angekommen, so gerät er trotzdem in Annahmeverzug; denn die Spezifikation ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und daher einem Abwesenden gegenüber erst dann wirksam, wenn sie ihm zugeht (B. G. B. § 130).

Von den Rechtsfolgen des Annahmeverzugs ist in der Literatur und Praxis beim Spezifikationskauf meist nur der Selbsthilfeverkauf (§ 373 Abs. 2—5 H. G. B.) in Betracht gezogen worden, während die Anwendbarkeit der §§ 300 und 304 B. G. B. und die Möglichkeit der Hinterlegung nach § 373 Abs. 1 H. G. B. ohne Begründung abgelehnt wurde oder unerwähnt geblieben ist.

§ 5.

Die Haftungserleichterung nach § 300 Abs. 1 B. G. B. Der Gefahrübergang nach § 300 Abs. 2 B. G. B. Das Recht zur Hinterlegung der Ware nach § 373 Abs. 1 H. G. B.

Wenden wir uns zunächst der Frage zu, inwieweit § 300 B. G. B. beim Spezifikationskauf Anwendung finden kann.

Während Makower in seinem Kommentar zum H. G. B. bei der Besprechung des § 375[1] auch auf diese Folgen des Annahmeverzugs verweist, ohne aber irgendwie näher darauf einzugehen, führt Wankelmuth[2] aus: „Infolge des Annahmeverzugs ermässigt sich die Haftung des Verkäufers auf Vorsatz

1) S. 1151, Vb.
2) S. 28.

und grobe Fahrlässigkeit. Aber diese Erleichterung wird ihm kaum zu gute kommen, ebensowenig wie der Gefahrübergang nach § 300, 2. Denn für den Gefahrübergang ist erforderlich, dass eine einzelne bestimmte Sache ausgeschieden und dem Gläubiger tatsächlich oder wörtlich angeboten ist. Wir sahen aber, dass, auch wenn der Käufer die ihm obliegenden Bestimmungen trifft, noch immer ein Gattungsschuldverhältnis vorliegt, um wieviel mehr, wenn er sie nicht trifft. Aber auch von einer Haftungsermässigung kann nur die Rede sein, wenn eine „einzelne, bestimmte Sache" gegeben ist, bezüglich deren gehaftet wird."

Diese Ausführungen Wankelmuths dürften die Bedeutung des § 300 B. G. B. für den Spezifikationskauf unterschätzen. Einmal halten wir Spezifikationskäufe für möglich, die Spezieskäufe sind[1]), und für diese ist dann § 300 Abs. 1 ohne Zweifel anwendbar. Ausserdem sind aber auch Fälle denkbar, in denen ein Spezifikationskauf ein Gattungskauf ist und § 300 Abs. 2 eingreift.

Bei einer Gattungsschuld geht nicht infolge jedes Annahmeverzugs die Gefahr auf den Gläubiger über, sondern nur dann, wenn der Leistungsgegenstand vorher individualisiert worden ist. Hierzu ist erforderlich, dass der Schuldner die gehörig beschaffene Sache aus der Gattung ausscheidet und sie dem Gläubiger anbietet (§ 300 Abs. 2). Genügt nach B. G. B. § 295 zur Herbeiführung des Annahmeverzugs wörtliches Angebot, so geht die Gefahr auf den Gläubiger doch nur über, wenn der Schuldner ihm die ausgeschiedene Sache wörtlich anbietet. Ein wörtliches Angebot der ausgeschiedenen Sache ist auch dann notwendig, wenn für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist (B. G. B. § 296). Unrichtig ist die Ansicht Fischer-Henles[2]), dass der Gläubiger, der nach § 295 B. G. B. durch wörtliches Angebot in Verzug gesetzt werde, die Gefahr ohne vorher erfolgte Ausscheidung des Quantums aus dem Vorrate trage, wenn der ganze Vorrat untergehe. Denn nach § 300 Abs. 2 muss die Sache, d. h. eine individuell bestimmte Sache an-

1) vgl. oben S. 14.
2) Anm. 5 zu § 300.

geboten sein, während § 295 nur ein Angebot der geschuldeten Leistung fordert.[1] Natürlich braucht dabei sich die angebotene Sache nur in dem Zustande zu befinden, in den sie ohne die Mitwirkung des Gläubigers gebracht werden konnte.

Lässt sich daher bei einem Spezifikationskaufe die Menge des erforderlichen Rohstoffs bestimmen, so geht die Gefahr auf den Käufer über, wenn der Verkäufer die bestimmte Menge Rohstoff aus dem Vorrat ausscheidet, sie dem Käufer wörtlich anbietet und ihn auffordert, zu spezifizieren. Verkauft ist z. B. Wolle, und der Käufer hat zu spezifizieren, wie sie gefärbt werden soll. In diesem Falle kann der Verkäufer die vereinbarte Menge aus dem Vorrat ungefärbter Wolle ausscheiden und sie dem Käufer mit der Aufforderung zur Spezifikation wörtlich anbieten. Hierdurch wird das Schuldverhältnis auf diese Wolle konkretisiert und deshalb tritt der Gefahrübergang nach § 300 Abs. 2 ein.

Eine Ausscheidung des erforderlichen Rohstoffs ist nun aber keineswegs bei allen Spezifikationskäufen schon vor erfolgter Spezifikation möglich, vor allem dann nicht, wenn mehrere Sorten zur Wahl stehen, da hier der Käufer die gekaufte Menge auf die verschiedenen Sorten beliebig verteilen kann, der Verkäufer sonach erst auf Grund der Spezifikation weiss, wieviel Rohstoff jeder Art er bedarf.

Kann bei einem einfachen Falle der Käufer die Menge der Abfälle, die durch die Verarbeitung des Rohstoffs verursacht werden, infolge der verschiedenen Spezifikationsmöglichkeiten nicht übersehen, so ist ebenfalls eine Ausscheidung des erforderlichen Rohstoffs aus dem Vorrate zur Zeit noch ausgeschlossen.

Das Recht, nach § 304 B. G. B. Ersatz der Mehraufwendungen zu fordern, kommt beim Spezifikationskauf ebenfalls in Frage. Für das erfolglose Angebot des geschuldeten Gegenstandes zwar werden dem Verkäufer in der Regel keine Auslagen, ausser vielleicht für Briefporto, erwachsen, da er ja nur wörtlich anbietet. In den Fällen aber, in denen § 300 B. G. B. beim Spezifikationskauf eingreift, hat der Verkäufer auch einen Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegen-

1) So auch Planck S. 75 zu § 300, 3.

standes. Ist er Kaufmann, so kann er dann nicht nur Erstattung der objektiv erforderlichen Aufwendungen, sondern auch nach § 354 Abs. 1 H. G. B. Lagergeld fordern.

Zweifellos hat er in diesen Fällen aber auch das Recht, den Rohstoff in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise auf Gefahr und Kosten des Käufers zu hinterlegen (H. G. B. § 373 Abs. 1). Schuldbefreiend kann natürlich die Hinterlegung vor erfolgter Spezifikation nicht wirken, da der hinterlegte Rohstoff nicht die geschuldete Leistung ist. Es kann dem Verkäufer aber nicht versagt sein, sich wenigstens der fortdauernden lästigen Aufbewahrungspflicht der bereits individuell bestimmten Ware zu entledigen. Dem steht nicht entgegen, dass § 373 Abs. 1 H. G. B. von Hinterlegung der „Ware" spricht, da hier unter Ware wiederum der Leistungsgegenstand nur in dem Zustande zu verstehen ist, in den ihn der Verkäufer ohne die erforderliche Handlung des Käufers bringen konnte.

Das R. O. H. G.[1] und R. G.[2] haben es freilich für selbstverständlich erachtet, dass eine Hinterlegung nicht in Frage kommen könne, und in der Literatur räumen nur Makower[3] und Wankelmuth[4] die Möglichkeit einer Hinterlegung ein. Zutreffend führt Wankelmuth[5] aus:

„Wenn der Gläubiger schon durch die Aufforderung zu spezifizieren in Annahmeverzug gerät — obwohl doch grundsätzlich das (hier unmögliche) tatsächliche Angebot verlangt wird, so darf man dem Schuldner auch das Recht nicht versagen, die Sache in dem Zustande zu hinterlegen, in dem er sie ohne die vom Gläubiger vorzunehmende „Handlung" bringen kann."

§ 6.

Das Recht zum Selbsthilfeverkaufe nach § 373 Abs. 2—5 H. G. B.

Ausser der Hinterlegung gibt § 373 H. G. B. dem Verkäufer regelmässig auch als ein Mittel sich vom Gewahrsam der Sache zu befreien, das Recht zum Selbsthilfeverkaufe.

1) Bd. 22 Nr. 3 S. 8 ff.
2) Bd. 35 Nr. 1 S. 3.
3) S. 1151, Vc.
4) S. 28 ff.
5) S. 29, 30.

Während bei einem Selbsthilfeverkaufe nach § 383 B. G. B. der Erlös zu hinterlegen ist, hat der Verkäufer ihn nach § 373 H. G. B. dem Käufer auszuhändigen. Ist der Anspruch des Verkäufers auf den Kaufpreis zu der Zeit fällig, zu welcher er den Erlös des Selbsthilfeverkaufs empfängt, so kann er nach § 387 B. G. B. seine Kaufpreisforderung gegen den Anspruch des Käufers auf den Erlös aufrechnen. Die Differenz zwischen Erlös und Kaufpreis fordert er darauf mit der ursprünglichen Vertragsklage, nicht etwa mit einer Schadensersatzklage. Denn es handelt sich ja um Erfüllung durch Zahlung des nicht gedeckten Teiles des Kaufpreises.[1] Ist ausnahmsweise der Erlös höher als der ursprüngliche Kaufpreis, so kommt der Mehrbetrag dem Käufer zu gute; denn der Verkauf geschieht auf Rechnung des Käufers (§ 373 Abs. 3 H. G. B.).

Diese Ausführungen zeigen, dass der Erlös des Selbsthilfeverkaufs völlig an die Stelle der geschuldeten Ware tritt.

Beim Spezifikationskauf wäre es deshalb unrichtig, zu sagen, es könne der Verkäufer den Rohstoff verkaufen, weil dieser die Ware in dem Zustande darstelle, in den sie ohne die Mitwirkung des Käufers gebracht werden könne. Wankelmuth[2] kommt zu diesem irrtümlichen Resultate und gibt dem Verkäufer einen Anspruch auf die Differenz zwischen dem Erlös und dem Preise der billigsten Sorte und dazu dem der billigsten Form. Abgesehen davon, dass nicht der sog. Mindestpreis, sondern nur der Grundpreis massgebend sein könnte, ist gegen diese Auffassung einzuwenden, dass weder der Rohstoff die geschuldete Ware, noch der Grundpreis der Kaufpreis ist. Wenn wir in § 300 Abs. 2 B. G. B. unter „angebotener Sache" den aus dem Vorrat ausgeschiedenen Rohstoff begriffen, wenn wir ferner die Möglichkeit einräumten, diesen nach § 373 Abs. 1 H. G. B. zu hinterlegen, so hielten wir trotzdem daran fest, dass Gegenstand der Leistung des Verkäufers jedenfalls die der Spezifikation des Käufers entsprechende Ware sei. Da aber der Selbsthilfeverkauf verbunden mit der Abrechnung ein Surrogat der Erfüllung darstellt, Leistung des erforderlichen Rohstoffs aber keine Erfüllung ist, braucht der Käufer einen Selbsthilfe-

1) So auch Makower S. 1088, 5.
2) S. 33 ff.

verkauf des Rohstoffs nicht gegen sich gelten zu lassen. Zutreffend ist daher auch eine Entscheidung des R. O. H. G. aus dem Jahre 1875[1], welches die Klage des Verkäufers auf Schadensersatz[2] abwies, weil der Verkäufer Ware der niedrigsten der in der Preisskala verzeichneten Sorten öffentlich verkauft hatte, dies aber ein anderes Objekt sei als dasjenige, welches er schuldete.

Wir stehen sonach vor der Schwierigkeit, dass Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs stets die geschuldete Ware ist, in unserem Falle diese aber erst durch die Spezifikation bestimmt wird.

Das R. G. hat sich von Anfang an für die Zulässigkeit des Selbsthilfeverkaufs ausgesprochen, und zwar mit folgender Begründung[3]: „Vermochte der bestimmte Stoff in einer (in gewissen Schranken) vom Belieben des Käufers abhängigen Form den Gegenstand des ersten Kaufes, also überhaupt eines Kaufes, zu bilden, so ist nicht abzusehen, warum diese Möglichkeit beim Selbsthilfeverkaufe nicht sollte eintreten können.“ In seinen späteren Entscheidungen beruft es sich dann nur noch auf die feststehende Praxis. Mit Rücksicht hierauf hat man es für überflüssig erachtet, das Recht zum Selbsthilfeverkauf im Gesetz besonders hervorzuheben.[4]

Auch in der Literatur hat man meist angenommen, dass die Unbestimmtheit der Ware kein Hindernis für den Selbsthilfeverkauf bilden könne, da sie ja auch die Wirksamkeit des ursprünglichen Kaufes nicht gehindert habe. Bei einem gewöhnlichen Genuskaufe sei die Zulässigkeit des Selbsthilfeverkaufs stets anerkannt worden, es liege daher kein Grund vor, beim Spezifikationskaufe, der nur eine Abart des Genuskaufes bilde, einen abweichenden Standpunkt einzunehmen.

Der Selbsthilfeverkauf habe in der Weise zu erfolgen, wie der erste Kauf, also mit Vorbehalt der Spezifikation zu Gunsten des neuen Käufers.

Es ist nun zwar richtig, dass bei einem Genuskauf die Befugnis des Verkäufers zum Selbsthilfeverkauf stets auch dann an-

1) R. O. H. G. Bd. 18 Nr. 11 S. 51, 52.
2) nach Art. 354 i. V. mit Art. 343 A. D. H. G. B.
3) Bd. 10 Nr. 26 S. 100.
4) vgl. Denkschrift S. 372.

erkannt worden ist, wenn zur Zeit des Selbsthilfeverkaufs eine Aussonderung noch nicht stattgefunden hatte.[1] Zwischen dem Selbsthilfeverkauf in diesem Falle und dem beim Spezifikationskaufe besteht jedoch ein wesentlicher Unterschied. Während dort die Ware, die dem neuen Käufer geliefert wird, von derselben Beschaffenheit ist wie die, welche dem ersten Käufer geliefert worden wäre, wird beim Spezifikationskaufe der neue Käufer oft anders spezifizieren, als es der alte getan hätte. Dann würde aber der Selbsthilfeverkauf nicht zur Ermittelung des Wertes führen, welchen die der Spezifikation des ersten Käufers entsprechende Ware hätte.

Windscheid[2] und ebenso Hirsch[3] machen ferner geltend, es könne der Verkäufer das Wahlrecht nicht einem anderen verschaffen, wenn er es selbst nicht durch den Annahmeverzug erwerbe. Hiergegen wendet Oertmann[4] ein: „Es handele sich gar nicht um Übertragung eines, dem Verkäufer freilich nicht zustehenden Wahlrechts an einen anderen; er konstituiere durch den Selbsthilfeverkauf nicht ein Wahlrecht eines Verkäufer-Schuldners, sondern eines Käufer-Gläubigers. Dadurch werde das Wahlrecht nicht, wie beim Übergang auf den anderen Kontrahenten, funktionell geändert, sondern nur mit den übrigen Rechten ex emto auf ein anderes Subjekt übertragen.“ Diese Beweisführung Oertmanns dürfte jedoch nicht zutreffend sein, da Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs nicht die Rechte des ersten Käufers sind, sondern die Ware, die der erste Käufer zu fordern hatte. Der Erlös des Selbsthilfeverkaufs ist, wie bereits oben hervorgehoben, nur der Leistungsgegenstand in anderer Form.

Trotz der genannten Bedenken dürfte ein Selbsthilfeverkauf mit Vorbehalt der Spezifikation zu Gunsten des neuen Käufers für zulässig zu erachten sein, und zwar aus folgenden Gründen:

Der Selbsthilfeverkauf hat den Zweck, den wirtschaftlichen Wert des Leistungsgegenstandes zu ermitteln und ihn an die

1) Das R. O. H. G. Bd. 21 Nr. 26 S. 73–76 und R. G. Bd. 5 Nr. 14 S. 66 haben den Verkauf von noch nicht gebrochenen und nicht geförderten Kohlen für zulässig erachtet.

2) S. 417 Anm. 10.

3) S. 165.

4) S. 232.

Stelle der Ware zu setzen. Bei einem Verkauf der Ware mit Spezifikationsvorbehalt zu Gunsten des neuen Käufers wird nun aber der erzielte Erlös nur höher, niemals niedriger sein als derjenige, welcher durch einen Verkauf der bereits spezifizierten Ware erzielt worden wäre. Denn Ware, die erst nach dem Bedürfnis des einzelnen Käufers hergerichtet werden kann, hat einen grösseren Kreis von Interessenten, als Ware, die sich bereits in einer bestimmten Form befindet. Infolge der grösseren Nachfrage wird aber auch in der Regel ein höherer Preis erzielt. Ferner entspricht es dem Wesen des Spezifikationskaufes, dass die Versteigerung in der Weise erfolgt, dass sich die Gebote nur auf den Grundpreis beziehen, dem Ersteher aber die Spezifikation gemäss der Überpreisskala vorbehalten wird. Daher hat der neue Käufer auch die Überpreise zum vollen Betrage zu zahlen, und es kann sich sonach ein Ausfall nur am Grundpreis ergeben. Bei den komplizierten Fällen ist dagegen der Selbsthilfeverkauf ausgeschlossen.[1] Der Grundstoff, der zur Versteigerung zu bringen wäre, ist hier noch unbestimmt. Das Recht des ersten Käufers, Grundstoff nachträglich zu bestimmen, kann, worauf schon S. 34 hingewiesen wurde, nicht Gegenstand des Verkaufes sein. Es fehlt deshalb hier an einem Objekte des Gläubigerrechts, das sich zur öffentlichen Versteigerung eignet.

Je höher nun aber der erzielte Erlös ist, desto weniger hat der erste Käufer zu zahlen. Er wird also bei einem so gestalteten Selbsthilfeverkaufe meist günstiger, keinesfalls ungünstiger gestellt, als wenn die seiner Spezifikation entsprechende Ware verkauft worden wäre. Deshalb wird man es dem Verkäufer nicht versagen dürfen, diesen wirtschaftlichen Wert an die Stelle der geschuldeten Ware zu setzen.

Dass der Selbsthilfeverkauf vor erfolgter Spezifikation vom regelmässigen Selbsthilfeverkauf in gewisser Hinsicht abweicht, ist sonach zwar nicht zu verkennen, aber diese Abweichung kann nicht die Bedeutung haben, dass sie dessen Unzulässigkeit zur Folge haben müsste; denn die strengen Formvorschriften des § 373 Abs. 2—5 H. G. B. haben nur den Zweck, auch das

1) So auch Kohler S. 359.

Interesse des ohne sein Verschulden säumigen Käufers zu wahren, und dieser Zweck wird hierdurch nicht vereitelt.

Da wir dem Verkäufer das Recht, die Ware wiederum mit Vorbehalt der Spezifikation zu verkaufen, nur deshalb geben, weil ein derartiges Angebot mehr Kauflustige findet und daher in der Regel einen höheren Preis erzielt, wird der Verkäufer die Spezifikationsmöglichkeiten auch erweitern dürfen, z. B. indem er noch andere Formen zur Wahl stellt; denn dadurch, dass er die Grenzen des Spezifikationsvorbehaltes weiter zieht, vergrössert er den Kreis der Interessenten.

Hat der Grundstoff einen Börsen- oder Marktpreis, wie z. B. Roheisen, so kann der Verkäufer statt der Versteigerung auch einen Verkauf aus freier Hand bewirken. (§ 373 Abs. 2—5 H. G. B.)

Nur selten wird heute der Verkäufer noch zum Selbsthilfeverkaufe schreiten, da ihm in der Regel weit wirksamere Befugnisse zustehen. Vor allem hat der Selbsthilfeverkauf dadurch an Bedeutung verloren, dass der Verkäufer, der nach § 375 Abs. 2 H. G. B. i. V. mit § 326 B. G. B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, nicht in der Art beschränkt ist, wie er seinen Schaden darlegen will[1], während nach früherem Rechte bei Erfüllungsverzug des Schuldners Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur unter Zugrundelegung des strengen Selbsthilfeverkaufs gefordert werden konnte.[2]

Im wesentlichen wird heute der Verkäufer bei nicht rechtzeitiger Spezifikation das Recht zum Selbsthilfeverkauf nur dann ausüben, wenn das Unterlassen der Spezifikation auf einem Umstande beruht, den der Käufer nicht zu vertreten hat, also dann, wenn allein Gläubigerverzug vorliegt und dem Verkäufer daher die wirksameren Befugnisse des § 375 Abs. 2 H. G. B. nicht zustehen.

§ 7.

Die Klage auf Zahlung des Kauf- bez. Mindestpreises.

Bei einem gewöhnlichen Kaufe ist der Kaufpreis regelmässig Zug um Zug gegen Lieferung der Ware zu zahlen,

1) vgl. unten S. 55 ff.
2) vgl. Art. 354 und Art. 343 A. D. H. G. B.

sofern die Parteien keine abweichenden Vereinbarungen getroffen haben. Klagt der Verkäufer auf Zahlung, ohne selbst erfüllt zu haben, so kann der Käufer die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben. Diese Einrede hat zwar nicht zur Folge, dass die Klage abgewiesen wird, aber es ergeht nunmehr das Urteil nur auf Zahlung gegen Empfang der Ware. (B. G. B. § 322 Abs. 1.) Eine glatte Verurteilung zur Zahlung erfolgt auch dann nicht, wenn der Käufer sich mit Annahme der Ware im Verzuge befindet. Tatsächlich löst aber der Annahmeverzug das Abhängigkeitsverhältnis der beiderseitigen Leistungen; denn trotz der Verurteilung des Käufers zur Erfüllung Zug um Zug kann der Verkäufer in diesem Falle den Kaufpreis beitreiben, ohne selbst die Ware anbieten zu müssen. (B. G. B. § 322 Abs. 1 und 3 i. V. mit § 274 Abs. 2.) Hatten die Parteien vereinbart, dass der Verkäufer vorzuleisten habe, so kann er, wenn der Käufer sich im Annahmeverzuge befindet, gemäss § 322 Abs. 2 B. G. B. auf Zahlung nach Empfang der Ware klagen und wiederum seinen Anspruch auf den Kaufpreis ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen. (B. G. B. § 322 Abs. 3 i. V. mit § 274 Abs. 2.)

Diese Grundsätze gelten auch für den Spezifikationskauf. Da dieser ein perfektes Geschäft ist, besteht die Kaufpreisforderung von Anfang an. Ist also der Käufer durch Unterlassen der Spezifikation in Annahmeverzug geraten, so bietet sich dem Verkäufer die Möglichkeit, bereits jetzt seinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises im Rechtswege geltend zu machen.

In der Regel bestimmt sich freilich die Höhe des Kaufpreises erst durch die Spezifikation. In derartigen Fällen hat der Verkäufer zur Zeit eine feste Forderung nur auf den Mindestpreis, d. h. auf die Summe, die aus dem niedrigsten der in Frage kommenden Grund- und Überpreise gebildet wird, und kann daher vorläufig auch diesen nur einklagen. Er fordert den Mindestpreis nicht etwa als den Kaufpreis der billigsten Ware, sondern als den Betrag, dessen Höhe der noch zu bestimmende Kaufpreis mindestens erreicht, wie auch die Spezifikation des Käufers ausfallen möge. Deshalb ist der

Einwand Windscheids[1] hinfällig, eine Klage auf den „Grundpreis“ sei bedenklich, weil um den „Grundpreis“ gar nichts verkauft worden sei und der Verkäufer diesen Preis bei ordnungsmässigem Verhalten des Käufers nicht erhalten hätte. Zutreffend entgegnet hierauf bereits Oertmann[2], dass der Verkäufer bei korrektem Verhalten des Käufers nicht etwas qualitativ, sondern nur quantitativ Verschiedenes, und zwar mehr erhalten hätte. Da aber dieses „Mehr“ noch nicht feststehe, so könne er vorläufig nur auf die feste, niedere Summe Anspruch erheben, und dies um so eher, als man es auch einem jedweden Gläubiger nimmer verwehren dürfe, statt seines ganzen Anspruchs auch einen blossen Teil desselben geltend zu machen.

Auch das R. G. hat eine Klage auf den Kauf- bez. Mindestpreis wiederholt anerkannt. Zwar sind die betreffenden Entscheidungen[3] noch unter altem Rechte ergangen, jedoch sind heute im wesentlichen dieselben Erwägungen massgebend.

Anstatt der Klage auf den Mindestpreis schlägt Windscheid[4] eine Klage „auf den der einen oder der anderen Form entsprechenden Kaufpreis“ vor. Eine solche Klage würde nur möglich sein, wenn der Spezifikationskauf als ein Wahlschuldverhältnis aufgefasst werden könnte, da dann die in Frage kommenden Kaufpreise sämtlich als geschuldet anzusehen wären. (B. G. B. § 262.) Da aber richtiger Auffassung zufolge beim Spezifikationskauf nur ein Kaufpreis in obligatione ist[5] und sich durch die Spezifikation lediglich dessen Höhe bestimmt, ist natürlich auch eine Klage auf den einen oder anderen Kaufpreis für unzulässig zu erachten.

Der praktische Wert einer Klage auf den Kauf- bez. Mindestpreis ist, wie die Denkschrift S. 371 hervorhebt, nur beschränkt, da der Verkäufer auf ungewisse Zeit verpflichtet bleibt, auf Verlangen des nachträglich spezifizierenden Käufers die Herstellung der Ware auszuführen, was eine empfindliche Hemmung seiner geschäftlichen Tätigkeit zur Folge haben kann.

1) S. 418 Anm. 10 zu § 346.
2) S. 229.
3) R. G. Bd. 14 Nr. 59 S. 245 ff.; Bd. 30 Nr. 29 S. 103, 104.
4) S. 417 Anm. 10.
5) vgl. oben S. 17 ff.

§ 8.

Unterlassen der Spezifikation kann als Nichterfüllung einer Verpflichtung des Käufers Leistungsverzug bewirken: Die Natur des Spezifikationsverzuges.

Der Käufer gerät in Annahmeverzug, weil er sein Recht zur Spezifikation nicht ausübt. Zur Spezifikation ist er aber nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Daher gerät er unter gewissen Voraussetzungen zugleich in Leistungsverzug, weil er seiner Verpflichtung zur Spezifikation nicht nachkommt. Nur von diesem spricht § 375 Abs. 2 H. G. B.

Über sein Wesen sind die Meinungen in der Literatur geteilt. Nach der einen ist er eine Art Abnahmeverzug, nach der anderen schlechthin Verzug in der Erfüllung der Verpflichtung zur Spezifikation. Erstere Ansicht wird z. B. von Staub[1], Dueringer-Hachenburg[2] und Endemann[3] vertreten, letzterer von Makower[4] und Dormitzer[5].

Die Entscheidung dieser Streitfrage hängt davon ab, ob man unter der Abnahmepflicht im Sinne des § 433 Abs. 2 B. G. B. die Verpflichtung zur „rein körperlichen Hinwegnahme der Kaufsache — deren auferre —“ zu verstehen hat[6] oder ob man ihr eine weitergehende Bedeutung beimessen darf.

Für letztere Ansicht dürfte das B. G. B. in den Bestimmungen über den Annahmeverzug einen Anhalt bieten:

§ 294 B. G. B. bestimmt, dass zur Herbeiführung des Annahmeverzugs die Leistung dem Gläubiger grundsätzlich so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden muss. Von dieser Regel bildet § 295 B. G. B. die Ausnahme, wonach ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist. Der allgemeine Grundgedanke des Annahmeverzugs ist also der, dass der Gläubiger in Verzug gerät, weil der Schuldner zwar alles getan hat, was er zur Bewirkung der

1) S. 1312 Anm. 2, II.
2) S. 233, 2.
3) S. 939.
4) S. 1144e.
5) S. 21.
6) So R. G. Bd. 53 Nr. 40 S. 162; Bd. 56 Nr. 42 S. 175.

Leistung tun konnte, der Gläubiger aber die von seiner Seite erforderliche Mitwirkung nicht gewährt.[1] Ob der Käufer einer Sache nur die letzte zur Übergabe erforderliche Handlung, die Entgegennahme, oder ob er eine Handlung unterlässt, ohne die der Verkäufer die ihm obliegende Leistung nicht beginnen oder nicht fortsetzen kann, soll keinen Unterschied machen.

Zur Abnahme verpflichtet das Gesetz den Käufer, um den Verkäufer in stand zu setzen, mit den verkauften Sachen zu räumen und sich auf neue einzurichten.[2] Der Käufer ist deshalb zur körperlichen Wegnahme verpflichtet: Regelmässig hat er die Verpflichtung zur Abholung der Ware (§ 269 B. G. B.); hat der Verkäufer dem Käufer die Ware zu bringen, so hat dieser die Verpflichtung, sie entgegenzunehmen. Die Abholung und Entgegennahme sind aber auch die Handlungen, durch die der Käufer die Annahme der angebotenen Ware betätigt und durch deren Unterlassen er in Annahmeverzug gerät. Daraus lässt sich aber nicht folgern, dass § 433 Abs. 2 B. G. B. den Käufer schlechthin zu allen denjenigen Handlungen verpflichte, deren Unterlassen Annahmeverzug des Käufers zur Folge hat. Denn in Annahmeverzug gerät der Käufer, weil er die „Leistung" nicht annimmt, in Abnahmeverzug aber nur, wenn er „die gekaufte Sache" nicht abnimmt.

Das aber wird man aus der Ausnahme, die das Gesetz in § 295 von der Regel des § 294 macht, schliessen können, dass § 433 Abs. 2 B. G. B. den Käufer zu den Mitwirkungshandlungen im Sinne des § 295 B. G. B. verpflichtet, durch welche die Ware erst die zur Ausführung der Erfüllung notwendige konkrete Bestimmtheit erhält. Denn sie schaffen erst für den Verkäufer die Möglichkeit, sich der Sache zu entledigen. (So auch Endemann S. 939.)

Eine solche Mitwirkungshandlung ist auch die Spezifikation, und es wird sonach der Käufer durch § 433 Abs. 2 B. G. B. zu ihr verpflichtet[3]: Die Verpflichtung zur Spezifikation ist also eine Art Abnahmepflicht.

1) So auch Planck S. 69 zu § 294 B. G. B.

2) So auch Crome S. 424 Anm. 29.

3) Auch ohne § 375 Abs. 1 H. G. B. wäre eine Verpflichtung zur Spezifikation schon auf Grund der allgemeinen Regel des § 433 Abs. 2 B. G. B. anzunehmen.

Spezifiziert der Käufer nicht, so kommt er in Abnahmeverzug, wenn die übrigen Voraussetzungen des Leistungsverzugs (Fälligkeit, Mahnung und Verschulden) vorliegen.

Ebenso wie aber der Käufer durch Unterlassen der Spezifikation nur dann in Annahmeverzug gerät, wenn sich der Verkäufer zur Zeit des Angebots so weit in Leistungsbereitschaft befindet, als dies bei der noch ausstehenden Handlung des Käufers möglich ist[1], gerät der Käufer auch nur in diesem Falle in Abnahmeverzug: Der Verkäufer muss im stande sein, nach eingelaufener Spezifikation die Ware sofort herzurichten. Denn das Gesetz verpflichtet, wie bereits erwähnt, den Käufer zur Abnahme, um den Verkäufer in stand zu setzen, mit der Ware zu räumen, und nur, wenn der Verkäufer leistungsbereit ist, verzögert und verhindert der Käufer schon durch Unterlassen der Spezifikation die ihm obliegende Abnahme der Ware.

Weitere Voraussetzung für den Eintritt des Abnahmeverzugs ist die Mahnung. Sie erfolgt durch Aufforderung zur Spezifikation und wird ersetzt durch den Eintritt des für die Vornahme der Spezifikation bestimmten Kalendertags (B. G. B. § 284). Diese Voraussetzung besteht aber in gleicher Weise auch für den Eintritt des Annahmeverzugs.

Der Tatbestand des Annahmeverzugs unterscheidet sich sonach von dem des Abnahmeverzugs nur dadurch, dass bei letzterem noch Verschulden des Käufers zu den Voraussetzungen gehört (B. G. B. § 285). Da mithin Spezifikationsverzug schuldhafter Annahmeverzug ist, so kann zwar Annahmeverzug ohne Spezifikationsverzug, niemals jedoch Spezifikationsverzug ohne Annahmeverzug vorliegen.

Die Auffassung des Spezifikationsverzugs als eine Art Abnahmeverzug hat insofern praktische Bedeutung, als demnach zum Eintritt des Verzugs Leistungsbereitschaft des Verkäufers erforderlich ist. Erblickt man im Bestimmungsverzug einen Leistungsverzug schlechthin, so bietet das Gesetz keinen Anhalt dafür, dass der Verkäufer leistungsbereit sein müsse.

1) vgl. oben S. 28.

Ist der Käufer in Bestimmungsverzug, so hat der Verkäufer folgende vier Rechte:

1. Auf Vornahme der Spezifikation und auf Schadensersatz wegen verspäteter Spezifikation (B. G. B. § 286 Abs. 1) zu klagen.
2. Die Spezifikation statt des Käufers vorzunehmen.
3. Gemäss § 326 B. G. B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern (§ 375 Abs. 2 H. G. B.).
4. Gemäss § 326 B. G. B. vom Vertrage zurückzutreten (§ 375 Abs. 2 H. G. B.).

§ 9.

Die Klage auf Vornahme der Spezifikation.

Obwohl nach § 375 Abs. 1 H. G. B. der Käufer verpflichtet ist, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen, ist die Zulässigkeit einer Klage auf Vornahme der Spezifikation auch heute noch bestritten: Während Staub[1], Dueringer-Hachenburg[2], Marcus[3], Frankenburger[4], Chamizer[5] und Weber[6] diese Klage für selbstverständlich halten, haben sich Makower[7], Dormitzer[8] und das O. L. G. Dresden[9] gegen deren Zulässigkeit ausgesprochen.

Vor dem Inkrafttreten des neuen Handelsgesetzbuchs wurde in der Rechtsprechung und Literatur die Klagbarkeit der Spezifikation stets lediglich von der Entscheidung der Frage abhängig gemacht, ob die Spezifikation nur ein Recht oder auch eine Pflicht des Käufers sei. Erblickte man in der Spezifikation auch eine Pflicht, so zweifelte man nicht, dass die Erfüllung dieser Pflicht im Rechtswege erzwungen werden könne.

---

1) S. 1312, III, Anm. 5.
2) S. 233, 2.
3) S. 47.
4) S. 506.
5) S. 18 Anm. 2.
6) S. 74.
7) S. 1145 c.
8) S. 38.
9) Bd. 4 Nr. 52 S. 226, 227.

Da § 375 Abs. 1 H. G. B. ausdrücklich sagt, dass der Käufer zur Spezifikation verpflichtet ist, kommen sonach heute die Gründe, die nach bisherigem Rechte gegen die Zulässigkeit der Klage geltend gemacht wurden, nicht mehr in Betracht. Es soll daher nur ein kurzer Überblick über diese früher vertretenen Ansichten gegeben werden:

Das R. O. H. G., das im einfachen Spezifikationskauf eine Kombination eines Kaufvertrages und eines Nebenvertrages über die Formgebung erblickte[1], nahm an, dass der Käufer durch diesen Nebenvertrag zur Sezifikation verpflichtet werde und gab daher dem Verkäufer das Recht, auf Vornahme der Spezifikation zu klagen.[2] [3]

Das R. G. ging in sämtlichen Entscheidungen davon aus, dass die Spezifikation die „Voraussetzung der Erfüllung“[4], „die notwendige Mitwirkung des Käufers zur Ermöglichung der Lieferung und der Abnahme des Kaufobjekts“[5] sei und erklärte daher die Klage auf Vornahme der Spezifikation dann für zulässig, wenn nach dem im einzelnen Falle in Betracht kommenden bürgerlichen Recht die Abnahme eine Pflicht des Käufers war; dem Art. 346 A. D. H. G. B. jedoch, in dem es heisst: „Der Käufer ist verpflichtet, die Ware zu empfangen“, mass es nicht die Bedeutung bei, dass hierdurch ein Klagrecht des Verkäufers auf Abnahme anerkannt werde.[6] Für das Gebiet des gemeinen Rechts verneinte es eine Verpflichtung zur Abnahme und erklärte daher auch eine Klage auf Vornahme der Spezifikation für unzulässig. Hingegen nahm es für die Fälle, welche nach preussischem Allgemeinen Landrecht zu beurteilen waren, eine klagbare Verpflichtung zur Spezifikation an[7], und zwar stützte es sich hierbei auf § 215 A. L. R. I, 11 („Ist der Verkäufer bereit, die Sache vertragsmässig zu übergeben, so ist der Käufer sie sofort zu übernehmen schuldig“), sowie auf § 270 A. L. R. I, 5

1) vgl. oben S. 17.
2) Bd. 16 Nr. 59 S. 206.
3) Ebenso Roemer S. 148.
4) Bd. 14 Nr. 59 S. 247.
5) Bd. 26 Nr. 39 S. 216.
6) Bd. 14 Nr. 59 S. 247; Bd. 26 Nr. 39 S. 215, 216.
7) Bd. 26 Nr. 39 S. 216.

(„In der Regel müssen die Verträge ihrem ganzen Inhalt nach erfüllt werden").

Ausser in den Fällen, in denen nach dem in Betracht kommenden partikularen Rechte eine Abnahmepflicht des Käufers bestand, hielt das R. G. die Klage auf Vornahme der Spezifikation dann für zulässig, wenn dem Vertrage die Übernahme einer Verpflichtung zur Spezifikation zu entnehmen war.[1]

In der Literatur machte man die Klagbarkeit der Spezifikation ebenfalls meist nur davon abhängig, ob eine Pflicht zur Abnahme bestand. Da letzteres im gemeinen Recht überaus bestritten war, von einigen Schriftstellern ferner die Ansicht vertreten wurde, dass jedenfalls Art. 346 A. D. H. G. B. eine klagbare Verpflichtung zur Abnahme begründe[2], waren auch die Meinungen über die Zulässigkeit einer Klage auf Vornahme der Spezifikation für das Gebiet des gemeinen Rechts geteilt.

Wenn heute trotz der Abnahmepflicht des Käufers (B. G. B. § 433 Abs. 2) und trotz der ausdrücklichen Verpflichtung zur Spezifikation (H. G. B. § 375 Abs. 1) gegen die Zulässigkeit einer Klage noch Bedenken geltend gemacht werden, so ist der Hauptgrund hierfür der, dass § 375 Abs. 2 H. G. B. dem Verkäufer für den Fall des Bestimmungsverzugs drei wirksame Rechte gibt und man hieraus schliesst, das Recht, auf Vornahme der Spezifikation zu klagen, sei hierdurch überflüssig geworden.

Die Denkschrift erwähnt das Recht nicht, und das O. L. G. Dresden[3] glaubt aus deren Fassung entnehmen zu können, dass sie ein Klagrecht für ausgeschlossen ansieht.

Hiergegen lässt sich nun freilich einwenden, dass im allgemeinen einer Verpflichtung auch ein Klagrecht entspricht. Die Denkschrift würde es daher jedenfalls ausdrücklich erwähnt haben, wenn sie Erzwingung der Spezifikation im Wege der Klage für ausgeschlossen gehalten hätte.

Ferner macht das O. L. G. Dresden geltend, ein Klagrecht ergäbe sich nicht daraus, dass nach § 375 Abs. 1 H. G. B. der Käufer „verpflichtet" ist, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen. „Die Bedeutung dieser Vorschrift sei eine andere. In manchen

1) Bd. 30 Nr. 29 S. 103.
2) So z. B. Hirsch S. 197, 198.
3) Bd. 4 Nr. 52 S. 226.

Rechtsgebieten sei bisher die Vornahme der Spezifikation nur ein Recht, nicht auch eine Pflicht des Käufers gewesen. Dies habe abgeändert werden sollen, weil ohne Annahme einer Verpflichtung zur Spezifikation auch von einem Verzuge des Käufers im Rechtssinne nicht gesprochen werden könne. Die Vorschrift des Abs. 1 sei deshalb nicht die notwendige Voraussetzung der Bestimmung in Abs. 2.“ Offenbar übersieht hier das O. L. G., dass der Käufer früher nur dann zur Spezifikation verpflichtet war, wenn in dem betreffenden Rechtsgebiete die Abnahme eine Pflicht war, dass aber in diesen Fällen auch stets eine Klage auf Vornahme der Spezifikation anerkannt wurde. Makower[1] wendet gegen die Zulässigkeit der Klage ein, man könne das vorbehaltene Bestimmungsrecht nur in dem Sinne als Bestimmungspflicht auffassen, dass das „Bestimmen die Bedingung für die Ausübung anderer Rechte des Käufers“ sei. Der Käufer habe daher eine solche Pflicht nur dann, falls er jene anderen Rechte ausüben wolle. Dieser Auffassung widerspricht offenbar, dass der Käufer durch Unterlassen der Spezifikation in Leistungsverzug geraten kann. Schliesslich vermissen das O. L. G. Dresden und Dormitzer[2] den Zweck der Klage: Angenommen, eine Klage sei zulässig und der Käufer werde rechtskräftig verurteilt, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen, so habe die Zwangsvollstreckung nach § 887 C. P. O. zu erfolgen. Es sei also der Verkäufer auf seinen Antrag vom Prozessgericht erster Instanz zu ermächtigen, auf Kosten des Käufers die Bestimmung durch einen Dritten treffen zu lassen oder selbst zu treffen. Der Gläubiger habe also mittels Prozesses und anschliessender Zwangsvollstreckung ein Ziel unter Mühe, Kosten und Zeitverlust erreicht, das ihm durch eine einfache Erklärung mit Fristsetzung zu erreichen freigestanden habe.

Entscheidet man sich für die Zwangsvollstreckung nach § 887 C. P. O., so dürfte in der Tat die Bedeutung einer Klage auf Spezifikation in Frage gestellt werden, und man könnte aus dieser Erwägung heraus dazu hinneigen, die Zulässigkeit der Klage überhaupt abzulehnen.

---

1) S. 1145.
2) S. 38.

Staub[1], Lehmann[2] und Frankenburger[3] setzen sich über dieses Bedenken hinweg und halten die Klage für zulässig, obwohl sie Zwangsvollstreckung nach Massgabe des § 887 C. P. O. annehmen.

Die Zwangsvollstreckung hätte aber m. E. nicht nach § 887, sondern nach § 888 C. P. O. zu erfolgen[4]; denn die Spezifikation ist ihrem Wesen nach eine unvertretbare Handlung.

Ihrem Grundgedanken nach soll die Bestimmung dem Willen des Käufers entsprechen, und daher wird zweifellos deren Charakter geändert, wenn sie von einem Dritten getroffen wird. Vertretbar ist eine Handlung aber nur dann, wenn die Vornahme durch einen Dritten nicht dem wirtschaftlichen Zweck und Inhalt der Verpflichtung zuwider ist (Gaupp-Stein S. 697, I, 1). Auch durch § 375 Abs. 2 H. G. B. wird die Unvertretbarkeit der Spezifikation nicht in Frage gestellt; denn die Art der Voraussetzungen, unter denen eine vom Verkäufer vorgenommene Spezifikation dem Käufer gegenüber erst wirksam wird, zeigt, dass auch das Gesetz davon ausgeht, dass die Ausübung der Spezifikation seitens des Verkäufers deren Charakter widerspricht.[5]

Steht sonach fest, dass auf Erfüllung der Spezifikationspflicht geklagt werden kann, so kann der Verkäufer, wenn der Käufer im Verzug mit der Spezifikation ist, in der Weise auf Erfüllung des Vertrages bestehen, dass er auf Vornahme der Spezifikation und Schadensersatz wegen verspäteter Spezifikation (B. G. B. § 286 Abs. 1) klagt.

§ 10.

Der Übergang des Spezifikationsrechtes auf den Verkäufer.

§ 375 Abs. 2 H. G. B. eröffnet dem Verkäufer noch einen zweiten Weg, im Falle des Spezifikationsverzuges am Vertrage

1) S. 1312 Anm. 5.
2) S. 110 Nr. 9.
3) S. 506.
4) So auch R. G. Bd. 14 Nr. 59 S. 248; Bd. 29 Nr. 6 S. 19. Dueringer-Hachenburg S. 235 ad 1a.
5) So auch Dueringer-Hachenburg S. 235 ad 1a.

festzuhalten und Erfüllung zu begehren: Er kann die Bestimmung statt des Käufers vornehmen.

Dieser Übergang des Spezifikationsrechtes auf den Verkäufer war früher am meisten umstritten und hatte in der Literatur nur wenige Vertreter gefunden. Dafür ausgesprochen hatte sich z. B. Kohler[1], während sich Windscheid[2], Roemer[3], Hirsch[4] und Oertmann[5] dagegen erklärten. Auch die Judikatur verhielt sich diesem Rechte gegenüber zumeist ablehnend. Das R. G. erkannte es nur für das Gebiet des preussischen Allgemeinen Landrechts an[6], verwarf es aber für das Gebiet des gemeinen Rechts.[7] Es kann hier auf die Ausführungen von Oertmann[8] und Marcus[9] verwiesen werden.

Die Ausübung des Rechtes, die Bestimmung statt des Käufers vorzunehmen, hat gemäss § 375 Abs. 2 H. G. B. in der Weise zu erfolgen, dass der Verkäufer dem Käufer die getroffene Bestimmung mitteilt und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung setzt.

Der Verkäufer trifft die Bestimmung kraft eigenen Rechts, nicht als Vertreter des Käufers. Infolgedessen darf er dabei seinen eigenen Vorteil im Auge haben und braucht keine Rücksicht auf das Interesse des Käufers zu nehmen. Dieses wird bereits dadurch voll gewahrt, dass die Spezifikation des Verkäufers erst massgebend wird, wenn der Käufer innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht anders spezifiziert.

Dormitzer[10] glaubt sogar, der Käufer müsse sich schlechthin jede angedrohte und durch Fristablauf bindend gewordene Spezifikation gefallen lassen, also auch eine Spezifikation, die sich nicht in den vereinbarten Grenzen hält. Denn abgesehen von der Erwägung, dass die Beschränkung des Spezifikations-

1) S. 359 ff.
2) S. 417 Anm. 10 zu § 346.
3) S. 148.
4) S. 157 ff.
5) S. 216 ff.
6) Bd. 29 Nr. 6 S. 19, 20; Bd. 37 Nr. 8 S. 29, 30.
7) Bd. 30 Nr. 29 S. 98 ff.
8) S. 216 ff.
9) S. 46, 47.
10) S. 28.

rechts hauptsächlich im Interesse des Verkäufers liege, sei die Fristsetzung gerade dazu geschaffen, um dem Käufer die Folgen seines Verzugs deutlich vor Augen zu führen.

Diese Ansicht dürfte nicht zutreffend sein, weil der Verkäufer die Bestimmung „statt" des Käufers trifft. Ebensowenig aber wie eine vertragswidrige Spezifikation des Käufers Erfüllung der Spezifikationspflicht bedeutet, kann eine vertragswidrige Spezifikation des Verkäufers für den Käufer massgebend werden. Darin hat Dormitzer zwar Recht, dass die Beschränkung des Spezifikationsrechtes auf einzelne Formen bez. Sorten hauptsächlich im Interesse des Verkäufers liegt; denn dem Käufer könnte es natürlich gleichgültig sein, ob er seine Spezifikation auch auf Sorten bez. Formen richten dürfte, von denen er bereits bei Vertragsschluss wüsste, dass sie für ihn nicht in Frage kommen könnten. Aus der Beschränkung der Spezifikation geht hervor, dass Ware in einer nicht vereinbarten Form oder Sorte für den Käufer kein Interesse haben kann. Der Verkäufer würde also dadurch, dass er vertragswidrig spezifiziert, auf den Käufer einen Zwang zur Spezifikation ausüben können, der offenbar nicht im Sinne des Gesetzes liegt.

Die Mitteilung der vom Verkäufer getroffenen Bestimmung muss ebenso genau sein, wie die des Käufers hätte sein müssen; es muss sich die Ware hiernach herstellen lassen. Ungenügend ist daher eine blosse Drohung des Verkäufers, er werde selbst spezifizieren, oder er nehme an, der Käufer sei mit jeder Spezifikation einverstanden.

War der Käufer nur mit einem Punkte der vorbehaltenen Bestimmung in Verzug geraten, hatte er z. B. die Abmessungen der Ware, nicht aber deren Form, oder die Gattung des Grundstoffs, nicht aber die Farbe der Ware angegeben[1]), so kann sich die Spezifikation des Verkäufers nur auf die fehlenden Angaben erstrecken.

Die vom Verkäufer getroffene Bestimmung kann nur dann „massgebend" werden, wenn er sie dem Käufer mitteilt und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Vornahme einer ander-

1) Der Verkäufer ist nicht befugt, eine unvollständige Spezifikation des Käufers zurückzuweisen, weil dieser gemäss § 266 B. G. B. zu Teilleistungen nicht berechtigt ist; denn die Spezifikation ist in erster Linie ein Recht des Käufers.

weitigen Bestimmung setzt. Entbehrlich ist die Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Käufer sich bestimmt geweigert hat, zu spezifizieren. Dies ist freilich sehr bestritten, und zwar nicht nur für diese Fristsetzung, sondern auch für die des § 326 B. G. B. Es dürfte jedoch kaum ein Unterschied bestehen, ob der Käufer seine Weigerung, zu spezifizieren, durch die Tat beweist, indem er trotz Eintritts der Fälligkeit und trotz Aufforderung zur Vornahme der Spezifikation diese unterlässt oder ob er schon vor der Verfallzeit erklärt, nicht spezifizieren zu wollen.[1] Gerade dadurch, dass der Verkäufer mit der Fristsetzung die Mitteilung seiner Spezifikation bez. die Erklärung verbinden muss, dass er nach Ablauf der Frist die Erfüllung ablehne, soll der Käufer nachdrücklich auf die Folgen hingewiesen werden, die ein Unterlassen der Spezifikation nach sich zieht. Es soll ihm nochmals Zeit zur Überlegung und zur Änderung seines Entschlusses gegeben werden.

Auch der Ansicht Lehmanns[2] ist nicht beizutreten, der eine Fristsetzung dann nicht für notwendig hält, wenn der Käufer „rund heraus die Weigerung zur Spezifikation erklärt hatte", weil er dann deutlich zu erkennen gegeben habe, er denke gar nicht daran, von der Frist Gebrauch zu machen. Diese Auslegung würde nur zu Schwierigkeiten und Missverständnissen unter den Parteien Anlass geben.

Einer Erklärung des Käufers, nicht spezifizieren zu wollen, ist keinerlei rechtliche Bedeutung beizumessen, und daher kann der Verkäufer, der infolge davon Dispositionen getroffen oder zu treffen unterlassen hat, nicht, wie Staub[3] annimmt, den Schaden ersetzt verlangen, den er dadurch erleidet, dass der Käufer innerhalb der Frist doch noch spezifiziert.

Es ist nicht genügend, dass der Verkäufer eine angemessene Frist verstreichen lässt, er muss dem Käufer vielmehr eine Frist setzen. Dies tritt durch den in § 375 Abs. 2 H. G. B. gewählten Ausdruck „setzen einer Frist" noch klarer zu Tage, als durch den im B. G. B. üblichen „bestimmen einer Frist".

1) So auch Staub S. 1292 Anm. 75; a. M. Romeick S. 86 ff.
2) S. 111 Nr. 13, S. 126 Nr. 40.
3) S. 1293 Anm. 76.

Die Frist, die der Verkäufer dem Käufer zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung zu setzen hat, muss angemessen sein. Der Verkäufer muss sie also so bemessen, dass der Käufer einmal Zeit hat, sich zu überlegen, ob nach Lage der Dinge eine andere Bestimmung seinem Interesse mehr entspricht; dass er aber ausserdem eine anderweitige Bestimmung dem Verkäufer noch rechtzeitig zugehen lassen kann.

Unzulässig ist das Setzen einer „angemessenen" Frist, ohne nähere Dauerbezeichnung.[1] Hiermit würde zwar der Wortlaut des Gesetzes erfüllt, offenbar aber nicht dessen Sinn getroffen. Denn eine derartige Fristsetzung würde oft zu Meinungsverschiedenheiten unter den Parteien Anlass geben, da man im einzelnen Falle meist nicht mit Sicherheit angeben kann, welche Frist angemessen ist.

Ist die Frist länger als angemessen, so ist sie selbstverständlich trotzdem wirksam. Der Käufer hat aber nunmehr ein Recht auf Vornahme der Spezifikation innerhalb dieser längeren Frist, und daher kann der Verkäufer sie nicht einseitig wieder abkürzen. Zu einer Abkürzung derselben würde es eines Vertrages bedürfen.

Welche Wirkung eine zu kurz bemessene Frist hat, ist überaus bestritten:

Planck[2] erachtet sie für wirkungslos, Cosack[3] und Romeick[4] sind der Ansicht, dass dadurch eine angemessene Frist in Lauf gesetzt werde.

Staub[5] hält auch eine zu kurz bemessene Frist für wirksam; doch könne der Säumige ihr unter Angabe von Gründen widersprechen und nunmehr innerhalb der von ihm für gehörig erachteten Nachfrist erfüllen. Tue er das und lehne der Gläubiger die Annahme der Erfüllung ab, so habe der Richter zu entscheiden, ob nach Lage des Falls die Erfüllung innerhalb einer angemessenen Frist angeboten sei.

1) So auch Staub S. 1293 Anm. 77; a. M. Planck S. 20 Anm. 2 zu § 250 B. G. B.
2) S. 19 Anm. 2 zu § 250 B. G. B.
3) B. G. B. S. 422, Nr. III, 2 c β.
4) S. 110, 3.
5) S. 1294 Anm. 79.

Letzterer Ansicht ist beizutreten: Wenn auch zweifellos der Wille des Gesetzes dahin geht, dass der Käufer eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung habe, so ist dem Verkäufer doch nur zuzumuten, dass er dem Käufer eine Frist setze, die er unter Berücksichtigung der ihm bekannten Umstände für angemessen hält. Daher ist eine zu kurze Frist nur dann unwirksam, wenn sie so kurz ist, dass daraus unzweideutig hervorgeht, der Verkäufer habe dem Gesetze nicht genügen wollen.

Sowohl die Ansicht Plancks wie die Cosacks würde zu unbefriedigenden Resultaten führen: Stellt der Verkäufer sofort nach Ablauf der Frist, die er für angemessen gehalten hat, die Ware seiner Spezifikation gemäss her, so setzt er sich der Gefahr aus, dass der Käufer noch nachträglich wirksam anders spezifizieren könnte, weil die Frist — vielleicht infolge von Umständen, die der Verkäufer nicht kannte — in Wahrheit zu kurz war. Der vorsichtige Verkäufer müsste also dem Käufer stets eine längere Frist setzen, als er für angemessen hält, oder könnte sich, wenn Cosacks Ansicht richtig wäre, auch so schützen, dass er nach Ablauf der Frist noch eine Zeitlang mit der Herstellung der Ware wartet.

Das Recht, einer zu kurzen Frist zu widersprechen, ist dem Käufer natürlich einzuräumen, da er, wie erwähnt, eine angemessene Frist auch wirklich haben soll. Bedeutung kann einem Widerspruch des Käufers aber nur dann beigemessen werden, wenn er unter Angabe von Gründen erfolgt; denn der Verkäufer hält ja die gesetzte Frist unter Berücksichtigung der ihm bekannten Umstände für angemessen.

Weder für die Mitteilung der vom Verkäufer getroffenen Bestimmung, noch für die Fristsetzung schreibt das Gesetz eine Form vor. Der Verkäufer kann daher beide Erklärungen mündlich oder schriftlich oder die eine mündlich und die andere schriftlich abgeben.

Wenn das Gesetz fordert, dass Mitteilung und Fristsetzung „zugleich“ zu erfolgen haben, so dürfte dies dahin aufzufassen sein, dass eine Nachholung der Fristsetzung bez. der Mitteilung an sich dem Gesetze zwar nicht entspricht, dass aber eine zu verschiedenen Zeiten erfolgende Mitteilung und Fristsetzung dann genügt, wenn zwischen beiden Erklärungen ein Zu-

sammenhang erkennbar ist und von der Abgabe der zuletzt erfolgten Erklärung an noch eine angemessene Frist läuft. Denn, wie Dueringer-Hachenburg[1] richtig hervorhebt, handelt es sich ja nicht um Formalakte. Der Verkäufer, der bei der Mitteilung seiner Spezifikation die Fristsetzung vergessen hat, darf also letztere in der Weise nachholen, dass er sich dabei auf die früher erfolgte Mitteilung beruft.

Wirksam sind Mitteilung und Fristsetzung nur dann, wenn der Käufer im Bestimmungsverzug ist. Da das Gesetz aber nicht fordert, dass ein Zeitraum zwischem dem Eintritte des Verzugs und der Vornahme der Spezifikation durch den Verkäufer liegen solle, so kann dieser zweifellos auch die Mitteilung der eigenen Spezifikation und die Fristsetzung mit der Mahnung, durch die der Käufer erst in Verzug gerät, verbinden. Andererseits braucht der Verkäufer nicht sofort nach Eintritt des Verzugs zu spezifizieren. Eine zeitliche Grenze für die Ausübung des Spezifikationsrechtes durch den Verkäufer besteht freilich insofern, als dieser die Spezifikation nicht so weit hinausschieben darf, dass der Käufer aus dem langen Schweigen schliessen musste, der Verkäufer sei damit einverstanden, dass der Vertrag nicht erfüllt werde. Eine so späte Vornahme der Spezifikation würde wider Treu und Glauben verstossen.[2]

Der Verkäufer ist an die Spezifikation, die er einmal getroffen hat, gebunden. Er darf sie also weder nachträglich ohne die Zustimmung des Käufers ändern, noch zurücknehmen und dafür eines der beiden anderen Rechte des § 375 Abs. 2 H. G. B. ausüben.

Innerhalb der gesetzten Frist kann der Käufer noch jederzeit selbst spezifizieren. In diesem Falle wird die Spezifikation des Verkäufers unwirksam und allein die von jenem getroffene massgebend. Natürlich kann der Verkäufer aber gemäss § 286 Abs. 1 B. G. B. vom Käufer Ersatz des Schadens fordern, der ihm durch die verspätete Spezifikation erwachsen ist.

Da die Spezifikation eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, muss die Bestimmung des Käufers dem Verkäufer innerhalb der Frist zugehen (§ 130 B. G. B.).

1) S. 237, 1 b.
2) Ähnlich auch Staub S. 1296 Anm. 85.

Trifft der Käufer innerhalb der Frist keine anderweitige Bestimmung, so wird die des Verkäufers massgebend. Der Spezifikationskauf verwandelt sich dann mit Ablauf der Frist in einen gewöhnlichen Kauf, der zum Gegenstande Ware hat, die dieser Spezifikation des Verkäufers entspricht.

Nach einer Entscheidung des R. G. aus dem Jahre 1896[1], in der bereits auf die Regelung Bezug genommen wird, die der Übergang des Spezifikationsrechtes im neuen Handelsgesetzbuch finden sollte, soll der Verlust des Rechts zur Spezifikation mit Ablauf der Frist nicht unbedingt eintreten: „Spezifiziert der Käufer nachträglich zu einer Zeit, wo noch res integra sei und wo der Verkäufer ohne erhebliche Verletzung der eigenen Interessen nach Massgabe dieser nachträglichen Spezifikation des Käufers anschaffen oder fabrizieren könne, so handle der Verkäufer wider Treu und Glauben, wenn er auf diese nachträgliche Spezifikation des Käufers nicht eingehe, bloss weil er einmal spezifiziert habe." Es dürfte aber der Wortlaut des Gesetzes dazu zwingen, auch in diesem Falle an den Ablauf der Frist den Verlust des Spezifikationsrechtes für den Käufer zu knüpfen. Eine andere Beurteilung hätte nur dann einzugreifen, wenn ein Interesse des Verkäufers, an der von ihm getroffenen Spezifikation festzuhalten, nicht besteht und ein Beharren bei dieser nur den Zweck haben kann, den Käufer zu schädigen (§ 226 B. G. B.).

§ 11.

Die Rechte des Verkäufers gemäss § 326 B. G. B.

§ 375 Abs. 2 H. G. B. erklärt den Verkäufer auch für befugt, statt die Spezifikation selbst vorzunehmen, gemäss § 326 B. G. B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder vom Vertrage zurückzutreten.

Der Verkäufer kann dem Käufer also zur Vornahme der Spezifikation eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Spezifikation nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder von dem Vertrage

1) Bd. 37 Nr. 8 S. 30.

zurückzutreten, wenn nicht die Spezifikation rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen (B. G. B. § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2).

Hat der Käufer bis zum Ablaufe der Frist die vorbehaltene Bestimmung nicht für die gesamte Menge der gekauften Ware getroffen und hat die teilweise Erfüllung des Vertrags für den Verkäufer kein Interesse, so ist dieser berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten (B. G. B. § 326 Abs. 1 Satz 3).

Ohne dem Käufer zuvor eine Frist setzen zu brauchen, kann der Verkäufer diese Rechte dann ausüben, wenn infolge des Bestimmungsverzugs die Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat (B. G. B. § 326 Abs. 2).

Die Bestimmung des § 326 Abs. 2 B. G. B., dass es in diesem Falle einer Fristsetzung nicht bedarf, lässt sich nicht etwa analog auf die Fristsetzung anwenden, die bei der Ausübung des Selbstbestimmungsrechtes des Verkäufers erforderlich ist; denn dadurch, dass der Verkäufer die Spezifikation statt des Käufers vornimmt, beweist er ja gerade, dass er an der Erfüllung des Vertrags noch ein Interesse hat.[1]

Auf die Geltendmachung der Rechte aus § 326 ist näher nur insoweit einzugehen, als dabei die Eigentümlichkeiten des Spezifikationskaufes in Betracht kommen. Im übrigen kann auf die Ausführungen Staubs[2] und Makowers[3] in ihren Kommentaren zum H. G. B. verwiesen werden.

Der Verkäufer muss sich bereits bei der Fristsetzung entscheiden, ob er die Spezifikation selbst vornehmen oder von einem der Rechte des § 326 B. G. B. Gebrauch machen will. Eine Erklärung des Inhalts, dass er nach Ablauf der Frist eine Nachholung der Spezifikation nicht mehr dulden und entweder die Ware in der Form A liefern oder eines der beiden Rechte des § 326 B. G. B. ausüben werde, würde völlig unwirksam sein. Denn die Mitteilung der eigenen Spezifikation und die Erklärung, die Erfüllung abzulehnen, stehen miteinander im

1) So auch Staub S. 1313 Anm. 8.
2) Exkurs zu § 374, S. 1270 ff.
3) Vorbem. zu §§ 375, 376, S. 1095 ff.

Widerspruch: Bei der Vornahme der Spezifikation durch den Verkäufer ist dieser mit dem fruchtlosen Ablaufe der gesetzten Frist verpflichtet, die Ware, die seiner Spezifikation entspricht, zu liefern. Mit dem Ablaufe der Frist des § 326 Abs. 1 B. G. B. aber erlischt die Verpflichtung des Verkäufers zur Vertragserfüllung, wenigstens nach derjenigen Auslegung des § 326, der wir uns anschliessen.

Nicht nur wenn der Verkäufer vom Vertrage zurücktritt, sondern auch wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, ist er zur Vertragserfüllung nicht mehr verpflichtet. Es tritt in letzterem Falle an die Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Parteien ein Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Ersatz des Schadens, den der Verkäufer dadurch erleidet, dass der Vertrag so, wie vereinbart, infolge des Verzugs nicht zur Erfüllung gelangt.

Auf eine Erörterung dieser sehr bestrittenen Frage kann hier nicht eingegangen werden; vgl. hierzu R. G. Bd. 50 No. 59 S. 262 ff. und die dort angeführte Literatur.

Nur darauf sei hingewiesen, dass diejenige Ansicht, nach welcher die Entscheidung für Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht den ganzen Vertrag, sondern nur die Verpflichtung des säumigen Teils erfasse, beim Spezifikationskaufe zu folgendem völlig unhaltbarem Resultate führen würde: Der Verkäufer bliebe zu der ihm obliegenden Leistung verpflichtet, könnte aber nicht leisten, da die geschuldete Ware erst durch die Spezifikation bestimmt wird, ein Anspruch auf Vornahme der Spezifikation nunmehr aber laut gesetzlicher Vorschrift nicht mehr besteht. Durch Lieferung des unverarbeiteten Materials würde der Verkäufer natürlich jetzt ebensowenig wie früher seine Vertragspflicht erfüllen können.[1]

Fordert der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so kann er die Höhe seines Schadens sowohl konkret wie abstrakt berechnen. Der konkreten Schadensberechnung kann er einen offiziellen Selbsthilfeverkauf nach § 373 Abs. 2—5 H. G. B.[2] zu Grunde legen. Erzielt er hierbei einen Erlös, der höher als derjenige Kaufpreis ist, den der ursprüngliche Käufer bei

1) a. M. Wankelmuth S. 51.
2) vgl. oben S. 31 ff.

gleicher Spezifikation zu zahlen gehabt hätte, so verbleibt ihm dieser Gewinn, da der Selbsthilfeverkauf jetzt auf seine Rechnung geschieht. Anderweiten Schaden, wie z. B. Lagerungs-, Erhaltungs- und Verkaufskosten kann er dann freilich nur insoweit geltend machen, als dieser Schaden jenen Mehrerlös übersteigt.

Auch das Ergebnis eines privaten Verkaufs der Ware mit Vorbehalt der Spezifikation zu Gunsten des neuen Käufers ist für die Schadensfeststellung verwertbar.

Keine Unterlage hierfür dürfte aber der Preis gewähren, der durch den Verkauf von Ware der billigsten Form bez. Sorte erzielt wird. Wenn Dormitzer[1] diesen Preis deshalb zu Grunde legen will, weil der Käufer stets berechtigt gewesen sei, so zu spezifizieren, der Verkäufer daher nie Anwartschaft auf höheren Gewinn gehabt habe, so verkennt er, dass durch einen Verkauf von Ware der billigsten Form bez. Sorte der Schaden des Verkäufers nicht immer am meisten beschränkt wird; denn erstens ist der Unterschied zwischen dem ursprünglich vereinbarten Preise und demjenigen, welchen der neue Käufer zu zahlen hat, nicht notwendig gerade bei der billigsten Sorte der geringste, zweitens aber wird Ware, deren Sorte bez. Form bereits bestimmt ist, in der Regel deshalb einen niedrigeren Preis erzielen als Ware, die mit Vorbehalt der Spezifikation verkauft wird, weil ein engbegrenztes Angebot weniger Kauflustige findet.[2]

Nach abstrakter Berechnung besteht der Schaden in dem Unterschiede zwischen dem vereinbarten Grundpreis und dem Marktpreise des Grundstoffs bei Verzugsbeginn oder bei Ablauf der nach § 326 Abs. 1 B. G. B. gesetzten Frist, zuzüglich etwaiger Aufwendungen, die nach dem Vertrag erforderlich waren. Welchen der beiden Zeitpunkte der Verkäufer seiner Berechnung zu Grunde legen will, steht in seinem Belieben, da der Käufer auch dann, wenn er innerhalb der gesetzten Frist spezifiziert, den Verspätungsschaden gemäss § 286 Abs. 1 B. G. B. ersetzen muss.

Waren verschiedene Grundpreise vereinbart, so kann der Verkäufer zur abstrakten Schadensberechnung nur den Grund-

1) S. 37.

2) Ähnlich Makower S. 1152, VIb; vgl. hierzu auch oben S. 34 ff.

preis derjenigen Sorte verwenden, bei welcher die Differenz vom Marktpreise am niedrigsten ist; denn der säumige Käufer hätte die gesamte Menge der Ware in dieser Sorte fordern können.

Die Ausübung des Rechts, gemäss § 326 B. G. B. vom Vertrage zurückzutreten, bietet beim Spezifikationskauf keinerlei Besonderheiten. Es finden die für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 B. G. B. entsprechende Anwendung (§ 327 B. G. B.). Der Rücktritt erfolgt also durch Erklärung gegenüber dem Käufer (§ 349). Die Parteien sind nunmehr verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren (§ 346). Diese Bestimmung wird beim Spezifikationskaufe dann praktisch werden, wenn der Käufer bereits eine Anzahlung gemacht oder den ganzen Kaufpreis vorausgezahlt hat. Der Verkäufer hat dann die Geldsumme mit Zinsen von der Zeit des Empfanges an zurückzuerstatten (§ 347 Satz 3 B. G. B.).

Wenn der Käufer nur für einen Teil der gekauften Menge mit der Spezifikation im Verzug ist, so wird sich in der Regel das Rücktrittsrecht nur auf diesen Teil beziehen. Kann der Verkäufer nachweisen, dass die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse habe, so darf er von dem ganzen Vertrage zurücktreten und bereits gelieferte Teilquanten zurückfordern (B. G. B. § 326 Abs. 1 Satz 3 i. V. mit § 325 Abs. 1 Satz 2).

Irgend ein Schadensersatzanspruch ist neben dem Rücktritt völlig ausgeschlossen. Insbesondere kann der Verkäufer weder Ersatz für entgangenen Gewinn, noch für Lagerungs- oder Erhaltungskosten der Ware fordern.

§ 12.

Die Rechtsfolgen des Annahme- und Spezifikationsverzuges in ihrem Verhältnis zu einander.

Ist der Käufer durch Unterlassen der Spezifikation nicht nur in Annahme-, sondern auch in Spezifikationsverzug, so braucht der Verkäufer sich nicht zu entscheiden, ob das Parteiverhältnis nach den Regeln des Gläubiger- oder Schuldnerverzugs beurteilt werden soll, sondern kann sich auf beide

gleichzeitig berufen. (a. M. Fleck S. 258.) Dies ist offenbar auch die Auffassung der Denkschrift[1]), in der es heisst: „Dass durch die Rechtsfolge, welche der Entwurf mit dem Verzuge des Käufers in der Erfüllung der Spezifikationspflicht verbindet, die Befugnisse nicht berührt werden, welche sich für den Verkäufer aus dem gleichzeitig eingetretenen Annahmeverzuge des Käufers ergeben, . . . bedarf keiner besonderen Hervorhebung im Gesetze."

Sonach hat z. B. der Verkäufer, der nach Eintritt des Spezifikationsverzugs einen Selbsthilfeverkauf gemäss § 373 Abs. 2—5 H. G. B. bewirkt, nicht nur einen Anspruch auf Ersatz des Mindererlöses, sondern auch auf Schadensersatz wegen verspäteter Spezifikation (B. G. B. § 286 Abs. 1).

Anhang. Der Zahlungsverzug.

Für den Zahlungsverzug gelten beim Spezifikationskaufe die allgemeinen Regeln. Mit dem Spezifikationsverzug kann er zusammentreffen. Es ist aber auch möglich, dass der Käufer nur in Zahlungsverzug gerät, z. B. wenn der Kaufpreis vorauszuzahlen ist. In diesem Falle kann der Verkäufer schon wegen des Zahlungsverzugs die Rechte aus § 326 B. G. B. geltend machen. Schliesslich kann Spezifikationsverzug ohne Zahlungsverzug vorliegen, so wenn ein Zahlungsziel vereinbart ist.

Verlangt der Verkäufer vor erfolgter Spezifikation von dem in Zahlungsverzug befindlichen Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so hat die Berechnung des Schadens nach den oben Seite 55 ff. dargelegten Grundsätzen zu erfolgen.

1) S. 372.